

Hans Michael Heinig

Ein neues Kapitel in einer unendlichen Geschichte?

Verfassungsrechtliche, prozessrechtliche und religionspolitische Anmerkungen zum Kopftuchbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Januar 2015*

1 Das Kopftuch der Lehrerin in der öffentlichen Schule: Heterogene gerichtliche und politische Entscheidungen

Das Bundesverfassungsgericht hat über das islamische Kopftuch von Lehrerinnen in öffentlichen Schulen entschieden. Wieder einmal. Fast wirkt es wie ein weiteres Kapitel in einer unendlichen Geschichte: Am 24. September 2003 erging ein erstes Grundsatzurteil des Zweiten Senats.¹ Zwölf Jahre später, mit Beschluss vom 27. Januar 2015 äußerte sich auch der Erste Senat zu dem Thema.² Zahlreiche weitere gerichtliche Entscheidungen stammen aus der Zeit vor und nach dem Urteil 2003.³ Aus Reihen der Rechtswissenschaft entstand eine Fülle von Stellungnahmen zu den jeweiligen gerichtlichen Entscheidungen;⁴ das Schrifttum ist kaum noch überschaubar und seinerseits Anlass für Meta-Reflexionen.⁵ Die meisten dieser Verfahren wurden von einer breiten medialen Öffentlichkeit begleitet. Vor dem Hintergrund der langjährigen, spannungsreichen und nicht selten auch emotional ausgetragenen Debatte um das Kopftuch muslimischer Lehrerinnen in öffentlichen Schulen wundert nicht, dass ein Mitglied des jetzt entscheidenden Senats des Bundesverfassungsgerichts im Gespräch resigniert sagte: „Egal wie wir entscheiden, wir werden auf jeden Fall kritisiert.“

Das Medienecho auf den jüngsten Beschluss fiel überwiegend positiv aus und auch aus Reihen der Politik, der Kirchen und der Islamverbände gab es viel Lob. Gleichwohl trifft die richterliche Sentenz einen Punkt: Möglicherweise gibt es keine wirklich befriedigende Lösung des Problems – und zwar weder rechtlich noch politisch. In *rechtlicher* Hinsicht springen die ausgesprochen heterogenen gerichtlichen Entscheidungen ins Auge. Die Entscheidungen von Erstem und Zweitem Senat unterscheiden sich erheblich. Beide weisen argumentationsstarke Sondervoten auf. Beide markierten jeweils deutlich Dissens zu den vorab zur Entscheidung berufenen obersten Bun-

* Meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Martin Morlok zum 66. Geburtstag gewidmet.

1 BVerfGE 108, 282 ff.

2 BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10.

3 Nachweise bei Heinig, H.M., Die Verfassung der Religion, Tübingen 2014, S. 163 Fn. 6.

4 Nachweise bis 2006 bei von Campenhausen, A./de Wall, H., Staatskirchenrecht, 4. Aufl., München 2006, S. 72 Fn. 117; für die Zeit danach etwa Wißmann, H., Religiöse Symbole im öffentlichen Dienst, in: ZevKR 52 (2007), S. 51–75; Walter, C./von Ungern-Sternberg, A., Verfassungswidrigkeit des nordrhein-westfälischen Kopftuchverbots für Lehrerinnen, in: DÖV 2008, 488–495; Coumont, N., Islam und Schule, in: Muckel, S. (Hrsg.), Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates, Berlin, 2008, S. 440 (441 ff.); Sicko, C., Das Kopftuchurteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Umsetzung durch die Landesgesetzgeber, Frankfurt 2008; Wiese, K., Lehrerinnen mit Kopftuch, Berlin 2008; Ganz, S., Das Tragen religiöser Symbole und Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland, Frankreich und England, Berlin 2009; Hoffman, H., Religiöse Symbole in Schule und Öffentlichkeit, in: NVwZ 2009, S. 74–80.

5 Heinig (Anm. 3), S. 162 ff.

desgerichteten (Bundesverwaltungsgericht und Bundesarbeitsgericht).⁶ In *politischer* Hinsicht ist zu beobachten, dass die Bundesländer im Umgang mit dem islamischen Kopftuch unterschiedliche Wege gehen⁷ und auch innerhalb Europas heterogene Lösungsansätze verfolgt werden, die jeweils die Billigung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gefunden haben.⁸

Angesichts dieser Vielstimmigkeit kommt der rechtswissenschaftlichen Begleitung der gerichtlichen Spruchpraxis die Aufgabe zu, Vor- und Nachteile jeweiliger Entscheidungen zu benennen – nicht zwecks billiger Besserwisserei (die Gerichte argumentieren jeweils niveauvoll und führen beachtliche Gründe für ihre Entscheidung ins Feld), sondern um eine rationale und kohärente gerichtliche Rechtsfindung zu fördern und Entscheidungen in ihren kulturellen Kontexten und politischen Subtexten zu beleuchten.

2 Soziale Umbrüche, gesellschaftliche Großkonflikte und ein kleines Stück Stoff

Zu den Kontexten der Kopftuchentscheidungen gehört zunächst der Umstand, dass die deutsche Gesellschaft seit gut zwanzig Jahren verstärkt nach einem angemessenen Umgang mit dem Islam sucht. Verkürzt gesagt wurden aus Gastarbeitern Bürgerinnen und Bürger, die Ansprüche auf öffentliche Anerkennung und rechtliche Gleichberechtigung geltend machen. Mit reichlich Verspätung machte sich die Gesellschaft ab den späten 1990er Jahren auf die Suche nach einem neuen Verständnis ihrer selbst im Lichte der gewachsenen kulturellen, ethnischen und religiösen Vielfaltigkeit. Alte Narrative, etwa über einen moderat säkularisierten christlichen Grundkonsens, haben an Plausibilität verloren. Neue Entwürfe kollektiver Identität schaffen noch keine vergleichbare Selbstvergewisserung. Öffentlich demonstrierte Fremdenfeindlichkeit und Islamophobie bilden dafür Indikatoren.

Alle Fragen des gesellschaftlichen Umgangs mit dem Islam stehen aber auch im Horizont der Erscheinungen eines islamistischen Terrorismus, verdichtet in den Bildern von Terroranschlägen in europäischen Großstädten und vom Wüten islamistischer Gruppierungen im arabischen und afrikanischen Raum. Diese Gewaltspur drängt den Islam in der sozialen Wahrnehmung in eine Sonderrolle. Sie steht quer zu den einer kulturell hyperdiversen Gesellschaft angemessenen politisch-normativen Grundeinsichten, etwa einem republikanischen, gerade nicht rein ethnischen Volksverständnis. Wird die gesellschaftliche Wahrnehmung von Muslimen durch die Sorge vor dem fundamentalistischen Islamismus bestimmt, gerät sie in Widerspruch zu den normativen Ansprüchen eines streng egalitären Freiheits- und vom Individuum ausgehenden Demokratieverständnisses und eines durch die liberale politische Philosophie geprägten, also gerade nicht partikular-kulturalistischen Verfassungsverständnisses.⁹

6 BVerwGE 116, 359 ff.; BAGE 132, 1 ff.

7 Ein Überblick bietet die von *Gerhard Robbers* verantwortete Zusammenstellung unter <https://www.uni-trier.de/index.php?id=24373>. (aufgerufen am 25. März 2015).

8 Im Überblick m. w. N. von *Ungern-Sternberg, A.*, Religionsfreiheit in Europa, Tübingen 2008, S. 298 ff.

9 Zu dem Problemkreis aus rechtswissenschaftlicher Sicht etwa *Sacksofsky, U.* und *Möllers, C.*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: VVDStRL 68 (2009), S. 1 ff. und 68 ff.; *Waldhoff, C.*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, Gutachten D zum 68. DJT, 2010; demnächst interdisziplinär *Heinig, H. M./Walter, C.* (Hrsg.), Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, Tübingen 2015.

In dieses politische und soziale Kraftfeld ist auch der Streit um das Kopftuch der muslimischen Lehrerin in öffentlichen Schulen eingebettet – mit fatalen Konsequenzen. Denn der Streit um das Kopftuch der Lehrerin wird zum Stellvertreterkonflikt, der mit allerlei Problemen und Herausforderungen aufgeladen wird, die über den gerichtlich zu verhandelnden Einzelfall weit hinausweisen: Islamistisch motivierte Gewalt und religiöser Fundamentalismus; die Ausbildung eines „europäisierten“ Islam, der die normativen Prämissen liberaldemokratischer politischer Ordnung inkorporiert; Geschlechterbilder und die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau; religionspolitische Grundsatzfragen wie die nach dem Laizismus als Alternative zum Status quo; alltägliche Diskriminierungen, die Muslime erleiden müssen, und die demonstrative Zurschaustellung aggressiver Islamophobie (PEGIDA); ein neo-orthodoxes Verständnis des Islams als Identitätskonzept von Migrantinnen und Migranten in Reaktion auf eine zu Teilen integrationsaverse Mehrheitsgesellschaft; Erscheinungen eines aggressiv-missionarischen Konformitätsdrucks, der auf die Anpassung aller muslimischer Schülerinnen und Schüler an solche Identitätskonzepte zielt. Die Liste ließe sich fortsetzen. In der Folge wird der gerichtliche Streit um ein Kleidungsstück, das als religiöses Symbol gedeutet werden kann, in der öffentlichen Wahrnehmung selbst symbolisch. Der Konflikt drängt ins Grundsätzliche. Die realen Probleme drohen hinter diesen Aufladungen ganz zurückzutreten. Soziale Komplexität wird in symbolpolitische Frontstellungen überführt.¹⁰ Dann geht es beim Streit um das Kopftuch nicht mehr nur um multipolare Grundrechtskonflikte und die grundrechtliche Schutzintensität bei Staatsdienern, sondern im Extremfall um den Untergang des Abendlandes oder die Schaffung eines glückseligen, ewigen sozialen Friedens in der multikulturellen Gesellschaft.

3 Ein Anliegen des Bundesverfassungsgerichts: Entdramatisierung

Angesichts solcher dem Streit um das islamische Kopftuch der Lehrerin eigenen Eskalationslogik fallen zunächst die Stärken der jüngsten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ins Auge. Die Begründung des Beschlusses ist nüchtern im Ton. Sie entdramatisiert. Sie fokussiert die rechtsdogmatischen Fragen und verzichtet auf jegliche Pathosformeln. Sie konzentriert sich auf den Einzelfall und lässt die vielen mit dem Islam verbundenen großen Fragen und Ängste nicht gleich mitschwingen. Im Vergleich zur Entscheidung aus dem Jahre 2003 weist der neuerliche Beschluss eine größere Selbstverständlichkeit im Umgang mit religiöser und kultureller Pluralität auf. Diese erscheint nicht selbst als soziale Bedrohung oder per se konflikt erzeugend. Zugleich werden vorhandene Spannungen und Verwerfungen an den Schulen durchaus in den Blick genommen und vorsorgende Regelungen ausdrücklich zugelassen.¹¹

In diesem unaufgeregten Grundton bilden sich auch Lernerfahrungen ab, die breite Teile der Gesellschaft oder doch zumindest ihre juristischen, intellektuellen und politischen Eliten seit gut 20 Jahren gemacht haben: Über Glauben, Lebenspraxis und Wertvorstellungen der hiesigen Muslime in all ihrer Heterogenität, über die real vorhandene kulturelle und religiöse Pluralität der Gesellschaft und den produktiven Umgang mit solcher Heterogenität, über die notwendige Unterscheidung zwischen dem Islam als nach der freiheitlichen Verfassungsordnung gleichberechtigte Religion und dem islamistischen Fundamentalismus als Bedrohung eben dieser Ordnung. Das Gericht streicht die Normalität alltäglicher Begegnungen mit Kopftuchträgerinnen als Kolleginnen,

¹⁰ Heinig (Anm. 3), S. 162 ff., 331 ff.

¹¹ BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 79 ff.

Nachbarinnen, Schülerinnen und Studentinnen in Deutschland heraus.¹² So gesehen bildet die Entscheidung eine verfassungsgerichtliche Variante der von anderen Verfassungsorganen geäußerten Sentenz, der Islam gehöre zu Deutschland.

4 Verfassungsdogmatische Pfadtreue

Zum Eindruck, der Erste Senat bemühe sich um Gelassenheit und widerstehe jeder alarmistischen Versuchung in der Kopftuchfrage, trägt maßgeblich die verfassungsdogmatische Einbettung der Entscheidungsbegründung bei. Der Zweite Senat hatte 2003 noch befunden, das überlieferte, offen-integrative Verständnis der religiös-weltanschaulichen Neutralität könne angesichts der forcierten religiösen Pluralität an das Ende seiner Leistungskraft gekommen sein. Deshalb wurde dem Gesetzgeber für die Schule ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, ein stärker distanzierendes, religionsausgrenzendes TrennungsmodeLL zu etablieren.¹³ Davon ist in dem Beschluss von 2015 nun keine Rede mehr. Stattdessen bewegt sich der Erste Senat demonstrativ in altbekannten Bahnen: Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Grundgesetzes sei offen-integrativ angelegt.¹⁴ Der Schutzbereich der Religionsfreiheit wird weit verstanden als eine Art religiöse Handlungsfreiheit. Das Grundrecht schütze auch religiös motiviertes Verhalten, das seinerseits Gegenstand theologischer Dispute sein kann. Den säkularen Staat habe die Frage, ob der Islam „wirklich“ ein Bedeckungsgebot für Frauen kennt, nicht weiter zu interessieren; der Grundrechtsträger hat nur seine religiöse Motivation plausibel zu machen.¹⁵ Das Grundrecht der Religionsfreiheit stehe nicht unter Gesetzesvorbehalt. Eingriffe könnten nur durch Grundrechte Dritter oder sonstige durch das Grundgesetz geschützte Rechtsgüter gerechtfertigt werden.¹⁶ Jeder Grundrechtseingriff unterliege auch dann der Schranke der Verhältnismäßigkeit, d. h. er müsse geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Geradezu lehrbuchartig wird dieses Prüfungsschema dann durchgespielt: Ein generelles Verbot religiös konnotierter Kleidung beim Lehrpersonal in öffentlichen Schulen sei wohl schon gar nicht erforderlich, jedenfalls aber unangemessen.¹⁷ Das Bundesverfassungsgericht fordert nun eine Einzelfallprüfung, die nach der konkreten Gefahr für den Schulfrieden frage. Es sieht zugleich, dass es in großstädtischen Ballungsräumen Schulen und Schulbezirke gibt, in denen sich religiöse, soziale und kulturelle Konflikte so verdichtet haben, dass ein präventives Vorgehen sinnvoll ist. Hier könne die Verwaltung auf gesetzlicher Grundlage mittels Rechtsverordnung oder Allgemeinverfügung für einen bestimmten Zeitraum religiöse Bekundungen durch das äußere Erscheinungsbild des Lehrpersonals generell unterbinden.¹⁸ Ein allgemeines Verbot religiös akzentuierter Kleidung zur Abwehr abstrakter Gefahren sei hingegen verfassungswidrig.

12 BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 100, 116 und öfter.

13 BVerfGE 108, 282, 310.

14 BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 108 ff.

15 BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 85 ff.; eine Verteidigung dieser klassischen Dogmatik der Religionsfreiheit etwa bei *Morlok, M.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), GG, 3. Aufl. Bd. 1, 2013, Art. 4 Rn. 55 ff., 115 ff., 123 ff.; *Germann, M.*, in: Hillgruber, C./Epping, V. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Art. 4 Rn. 6 ff. (Stand: 01.09.2014); Kritik m. w. N. bei *Kästner, K.-H.*, Religionsfreiheit in Zeiten des religiösen Pluralismus, in: ZevKR 60 (2015), 1 ff.

16 BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 98.

17 BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 100 ff.

18 BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 114.

5 Politische Vorzüge der Einzelfalllösung – und vorherige Grotesken

Religionspolitisch hat die vom Ersten Senat vorgegebene Lösung gewisse Vorteile: Restriktive Vorschriften zur religiös konnotierten Bekleidung des Lehrpersonals werden von den primär betroffenen Muslimas als ausgrenzend erlebt und wirken faktisch wie ein Berufsverbot, da es kaum Privatschulen in muslimischer Trägerschaft gibt. Soweit, wie in Nordrhein-Westfalen, mit großem Aufwand islamischer Religionsunterricht in öffentlichen Schulen außerhalb des von Art. 7 Abs. 3 GG gesteckten Rahmens etabliert wurde, dürfen Lehrerinnen im Religionsunterricht auch ein Kopftuch tragen, während sie es in anderen Schulfächern ablegen müssen.¹⁹ Das wirkt eigenwillig. Emanzipationspolitisch lässt sich zudem diskutieren, ob nicht gerade akademisch ausgebildete Muslimas mit Kopftuch im Schuldienst vorbildhaft zeigen können, dass sozialer Aufstieg durch Bildung erstrebenswert und erreichbar ist.

Schließlich weist der eine von zwei vor dem Bundesverfassungsgericht verhandelten Sachverhalten darauf hin, dass gesetzliche Verbote religiöser Bekundungen in der Praxis zwanghaft und unbedarft angewendet wurden. Die Beschwerdeführerin hatte nach Erlass eines landesgesetzlichen Kopftuchverbots auf Baskenmütze und Rollkragenpullover zurückgegriffen. Auch dafür wollte sie der Schulträger arbeitsrechtlich belangen. In ersten behördlichen Schreiben wurde diese Bekleidung gar als Verstoß gegen die Menschenwürde bezeichnet. Wer sich jemals ernsthaft mit dem Normativ der Menschenwürde beschäftigt hat, weiß nicht, ob er angesichts solcher Einlassungen der Verwaltung lachen oder weinen soll.²⁰ Ernst zu nehmen sind sie eigentlich nicht. Doch für die Beschwerdeführerin hatten sie gravierende Konsequenzen. Um so erstaunlicher, dass keine gerichtliche Instanz vor dem Bundesverfassungsgericht erkannt hat, dass eine Wollmütze und ein Rollkragenpullover „aus sich heraus“ gar nicht religiös konnotiert sind und „auch im gegebenen Umfeld der Schule nicht ohne Weiteres als religiöse Bekundung von starker Ausdruckskraft deutbar“ sind, also gar nicht tatbestandlich von den einschlägigen gesetzlichen Regelungen erfasst werden.²¹ Wenn Kopftuchverbote für Lehrerinnen, immerhin mit erheblichen Freiheitseinbußen für die Betroffenen verbunden, seitens der Schulverwaltung derart engstirnig und rigoristisch angewendet werden, darf diese nicht verwundert sein, dass das Bundesverfassungsgericht sich zum Eingreifen veranlasst sah.

6 Dogmatische Schwächen: Unbeachtete Grundrechtspositionen Dritter und amtsbezogene Pflichten

Wer die lange Debatte um religiös akzentuierte Bekleidung und religiöse Symbole in der Schule verfolgt, wird ungeachtet der vorstehend bezeichneten Stärken des Beschlusses vom 27. Januar 2015 kritische Rückfragen stellen müssen. Die Entscheidung ist schließlich nicht die erste zu diesen Themen und in der Gesamtschau lassen sich die Aussagen Karlsruhes nicht mehr bruchlos zu einem kohärenten verfassungsrechtlichen Konzept zusammenfügen.

¹⁹ Vgl. § 57 Abs. 4 S. 4 SchulG NRW.

²⁰ Aus der Fülle der Literatur zum Einstieg *Gröschner R./Kapust, A./Lembcke, O. W.* (Hrsg.), Wörterbuch der Würde, München 2013; *Dreier; H.* Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates, Tübingen 2014, S. 71 ff.; *Heinig, H. M.*, Menschenwürde, in: *Huster, S./Zintl, R.* (Hrsg.), Verfassungsrecht nach 60 Jahren, Baden-Baden 2009, S. 123–127.

²¹ BVerfG – Sondervotum Schluckebier und Hermanns, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 30.

Im Lichte des Kruzifix-Beschlusses vom 16. Mai 1995 wird man fragen müssen, ob die Grundrechtspositionen der Eltern, Schülerinnen und Schüler nun im Kopftuch-Beschluss 2015 angemessen Berücksichtigung fanden. Mit dem Kruzifix-Beschluss befand das Bundesverfassungsgericht, dass die staatliche Anordnung, Klassenzimmer in christlichen Gemeinschaftsschulen mit einem Kreuz auszustatten, einen Eingriff in die religiösen Freiheitsrechte der betroffenen Schüler und Eltern darstellen kann. Denn Schüler seien „während des Unterrichts von Staats wegen und ohne Ausweichmöglichkeit mit diesem Symbol konfrontiert“ und werden gezwungen, „unter dem Kreuz“ zu lernen. Durch den „Grad der Unausweichlichkeit“ unterscheide sich die Anbringung von Kreuzen in Klassenzimmern von der im Alltagsleben häufig auftretenden Konfrontation mit religiösen Symbolen der verschiedensten Glaubensrichtungen.²²

2003 überlegte das Bundesverfassungsgericht dann, welche Konsequenzen diese Rechtsprechung für das Kopftuch der Lehrerin zeitigt. Es sah Unterschiede, weil das Kreuz auf staatliche Anordnung angebracht wird, während die Lehrerin ein Kopftuch aufgrund ihrer individuellen Entscheidung trage. Dieser Unterschied berührt vor allem die Bindungen an das verfassungsrechtliche Neutralitätsprinzip. „Der Staat, der eine mit dem Tragen eines Kopftuchs verbundene religiöse Aussage einer einzelnen Lehrerin hinnimmt, macht diese Aussage nicht schon dadurch zu seiner eigenen und muss sie sich auch nicht als von ihm beabsichtigt zurechnen lassen. Die Wirkung eines von der Lehrerin aus religiösen Gründen getragenen Kopftuchs kann allerdings deshalb besondere Intensität erreichen, weil die Schüler für die gesamte Dauer des Schulbesuchs mit der im Mittelpunkt des Unterrichtsgeschehens stehenden Lehrerin ohne Ausweichmöglichkeit konfrontiert sind. Andererseits kann der religiöse Aussagegehalt eines Kleidungsstücks von der Lehrkraft den Schülern differenzierend erläutert und damit in seiner Wirkung auch abgeschwächt werden.“²³ Das Bundesverfassungsgericht hatte jedoch keinen Zweifel daran gelassen, dass „die religiös motivierte und als Kundgabe einer Glaubensüberzeugung zu interpretierende Bekleidung von Lehrern [...] das elterliche Erziehungsrecht und die negative Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler beeinträchtigen“ kann.²⁴ Eltern- und Schülerrechte bildeten deshalb ein belangvolles Gegengewicht zu den Grundrechtspositionen der Lehrerin.

Ganz anders der jüngste Beschluss des Bundesverfassungsgerichts.²⁵ Nun heißt es: Das „Tragen eines islamischen Kopftuchs“ ist „nicht von vornherein dazu angetan, die negative Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Schülerinnen und Schüler zu beeinträchtigen. Solange die Lehrkräfte, die nur ein solches äußeres Erscheinungsbild an den Tag legen, nicht verbal für ihre Position oder für ihren Glauben werben und die Schülerinnen und Schüler über ihr Auftreten hinausgehend zu beeinflussen versuchen, wird deren negative Glaubensfreiheit grundsätzlich nicht beeinträchtigt. Die Schülerinnen und Schüler werden lediglich mit der ausgeübten positiven Glaubensfreiheit der Lehrkräfte in Form einer glaubensgemäßen Bekleidung konfrontiert, was im Übrigen durch das Auftreten anderer Lehrkräfte mit anderem Glauben oder anderer Weltanschauung in aller Regel relativiert und ausgeglichen wird. Insofern spiegelt sich in der bekenntnisoffenen Gemein-

22 BVerfGE 93, 1, 18.

23 BVerfGE 108, 282, 305 f.

24 BVerfGE 108, 282, 303.

25 Der Leitsatz 2 ist deshalb irreführend formuliert, wenn es dort heißt: „Ein angemessener Ausgleich der verfassungsrechtlich verankerten Positionen – der Glaubensfreiheit der Lehrkräfte, der negativen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Schülerinnen und Schüler sowie der Eltern, des Elterngrundrechts und des staatlichen Erziehungsauftrags – erfordert eine einschränkende Auslegung der Verbotsnorm, nach der zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr für die Schutzgüter vorliegen muss.“ Ausweislich der Entscheidungsgründe stellt sich die Frage des Rechtsgüterausgleichs ohne Gefährdung des Schulfriedens für das Gericht gar nicht.

schaftsschule die religiös-pluralistische Gesellschaft wider.“²⁶ Ähnlich wird in Bezug auf die Eltern formuliert, Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG garantiere „keine Verschonung von der Konfrontation mit religiös konnotierter Bekleidung von Lehrkräften, die nur den Schluss auf die Zugehörigkeit zu einer anderen Religion oder Weltanschauung zulässt, von der aber sonst kein gezielter beeinflussender Effekt ausgeht.“²⁷

Grundrechtlich betrachtet soll es gleichgültig sein, ob ein Passant am Kopftuch einer Mitbürgerin Anstoß nimmt oder Eltern am Kopftuch der Lehrerin in öffentlichen Schulen. Zudem sollen sich ungeachtet der fehlenden Ausweichmöglichkeit (Schulzwang) Kopftuch und Kreuz hinsichtlich des Freiheitseingriffs in die Rechte Dritter kategorisch unterscheiden. Das überzeugt aus mehreren Gründen nicht: Zunächst wird verkannt, dass die symbolische Bedeutung des Kopftuchs nicht nur *aus der Perspektive der Lehrerin* rekonstruiert werden kann – diese ist für die Eröffnung des Schutzbereichs ihrer Grundrechte maßgeblich. Was für die Lehrerin bloß die Befolgung eines als zwingend empfundenen religiösen Verhüllungsgebots darstellt, kann *aus Eltern- und Schülersicht* eben auch für ein (neo-)orthodoxes Islamverständnis, für Islamismus oder die Negierung der Geschlechtergleichheit stehen.

Etwas mehr zeichentheoretisch aufgeklärte Sensibilität hätte dem Bundesverfassungsgericht dann doch gut getan: Das aus religiösen Gründen getragene Kopftuch bedeutet in den sozialen Lebenswelten eben mehr als die Einhaltung einer Bekleidungs Vorschrift. Es wirkt symbolisch und teilt das Pragma religiöser Symbole. In der Vermessung grundrechtlicher Freiheit ist dann die Deutung Dritter nicht weniger gewichtig als das Selbstverständnis der Symbolträgerin selbst. Der Sinnüberschuss religiöser Symbole lässt sich nicht derart justiziell domestizieren, dass Symbole einsinnig werden.²⁸

Dabei können die Besonderheiten der Schüler-Lehrer-Beziehung nicht ausgeblendet werden: Gerade im Grundschulbereich binden sich die Kinder emotional an ihre Bezugslehrer und identifizieren sich mit ihnen.²⁹ Wenn in einer vom Staat geschaffenen Zwangslage die Person, die besonderen Einfluss auf die Persönlichkeitsentwicklung der Kinder nehmen kann und soll, mit dem Tragen des Kopftuchs eine bestimmte Lesart des Islam nach außen als vorbildhaft und verbindlich zur Darstellung bringt – oder ihr Verhalten zumindest in der Perspektive von Eltern so gedeutet werden kann –, werden das Recht auf negative Religionsfreiheit und das Recht auf religiöse Kindererziehung durchaus eingriffsrelevant berührt.³⁰ Vorbehalte gegen eine (seitens Dritter wahr-

26 BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 105.

27 BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 107; zutreffend kritisch dagegen BVerfG – Sondervotum Schluckebier und Hermanns, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 11 ff.

28 Heinig (Anm. 3), S. 167; zum Problemkreis auch Heinig, H. M., Deutungsmachtkonflikte als Deutungs- und Machtkonflikte im Religionsrecht, in: Stoellger, P. (Hrsg.), Deutungsmacht, Tübingen 2014, S. 411 ff.

29 Aus der Fülle pädagogischer Untersuchungen zu Bindungstheorien etwa Brozio, P., Vom pädagogischen Bezug zur pädagogischen Beziehung. Soziologische Grundlagen einer Erziehungstheorie, Würzburg. 1995.

30 Grundsätzlich können Kopftuch tragende Lehrerinnen solchen Eindrücken durch ihr sonstiges Verhalten entgegen treten. Sie müssen im Schulalltag glaubwürdig vermitteln, zwischen der für sich selbst angenommenen Verbindlichkeit eines religiösen Verhüllungsverbots und der Wahlfreiheit Dritter unterscheiden zu können. Die Theologie- und Religionsgeschichte zeigt, dass ein solches Differenzierungsvermögen – ein als fundamental erlebtes Glaubensgebot zugleich als kontingent zu begreifen – ein anspruchsvolles Unterfangen ist. Es setzt ein selbstreflexives Verhältnis zur eigenen religiösen Identität voraus. Noch komplizierter ist dann die glaubwürdige Entfaltung der Paradoxie im schulischen Alltag („das Tragen des Kopftuchs ist (für mich) verbindlich und zugleich (für andere Muslime) nicht verbindlich“). Ein Indikator für ein theologisch aufgeklärtes, distanzschaffendes Selbst- und Weltverhältnis Gläubiger ist gerade, als zwingend erlebte religiöse Gebote hinterfragen zu können. Aber vielleicht ist diese Beobachtung allzu „pro-

genommene) appellative Wirkung des islamischen Kopftuchs müssen nicht in sinistren Motiven wurzeln. Sie können z. B. bei Flüchtlingen auch aus traumatisierenden Erfahrungen mit dem militanten Islamismus resultieren. Damit ist noch nicht gesagt, wie ein Grundrechtskonflikt aufzulösen ist. Aber er lässt sich auch nicht einfach leugnen.

Indem der Erste Senat die Grundrechte der Eltern und Schüler als kollidierende Rechtsgüter für belanglos erklärt, kommt des Weiteren nicht mehr in den Blick, dass die multipolare Grundrechtskonstellation zwischen Lehrpersonal und Schülern asymmetrisch strukturiert ist. Schülerinnen und Schüler unterliegen dem Schulzwang, Lehrerinnen wählen aus freien Stücken ihren Beruf. Schülerinnen und Schüler sind Anbefohlene. Sie befinden sich in einem Abhängigkeitsverhältnis, weil Lehrer weitreichenden Einfluss auf die Verteilung der weiteren Lebenschancen der Heranwachsenden haben. Deshalb geht der vom Ersten Senat bemühte Vergleich der Schulsituation mit der alltäglichen Begegnung auf der Straße an der sozialen Wirklichkeit vorbei.

Im Bemühen, das grundrechtliche Verhältnis von Lehrerin und Schülern als gleichrangige Bürgerbeziehung zu beschreiben, geht schließlich auch der Blick dafür verloren, dass das staatliche Lehrpersonal als Repräsentant des grundrechtsgebundenen Staates gewissen Bindungen unterliegt und auch anders als sonstige Bürgerinnen und Bürger qua Funktion während der Dienstausübung Einschränkungen in seiner grundrechtlichen Freiheit hinzunehmen hat. Im Sondervotum zum Kopftuchurteil von 2003 hieß es überspitzt formuliert, der Staatsdienst diene nicht der grundrechtlichen Selbstverwirklichung, sondern sei von der dienstrechtlichen Pflichterfüllung geprägt.³¹ Die Grundrechtsbindungen des Staates schlagen sich in besonderen Dienstpflichten (wie dem Mäßigungsgebot oder einem gesteigerten Rücksichtnahmegebot auf die grundrechtlichen Belange der Bürger) nieder. Allerdings ist den Mehrheitsvoten 2003 wie 2015 beizupflichten, dass die für den Staat geltenden religiös-weltanschaulichen Neutralitätspflichten des Grundgesetzes nicht einfach mit den individuellen Dienstpflichten gleichgesetzt werden können, weil Staatsdiener Grundrechtsträger bleiben.

Sieht man bei religiösen Bekundungen des Lehrpersonals, wie hier vorgeschlagen, belangvolle Grundrechtspositionen der Eltern, Schülerinnen und Schüler berührt, müssen sich diese Eltern- und Schülerrechte in vielen Konstellationen nicht durchsetzen. So könnte es sinnvoll sein, auch gegen das Kopftuch der Lehrerin opponierenden Eltern, Schülerinnen und Schülern die Konfrontation mit derartigem religiös geprägtem Verhalten „zuzumuten“, weil diese Begegnung entsprechend den schulischen Bildungszielen in den toleranten und informierten Umgang mit den Realitäten multireligiöser Gesellschaften einübt. Ein solches pädagogisches Anliegen wäre aber dem von Art. 7 Abs. 1 GG geschützten Erziehungsauftrag der Schule zuzuordnen, nicht der Grundrechtssphäre der Lehrerin.

Letztlich vermag deshalb die Lösung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu überzeugen, die religiösen Grundrechte der Eltern und Schüler in der für die verfassungsrechtliche Bewertung des Kopftuches der Lehrerin charakteristischen asymmetrisch-multipolaren Grundrechtskonstellation

testantisch“ – und mithin keine Überlegung, die sich der religiös-weltanschaulich neutrale Staat in der rechtlichen Bewertung zu Eigen machen kann. Für Dritte bleibt jedenfalls nur schwer nachvollziehbar, warum Muslimas noch dann auf das Tragen des Kopftuchs in der Schule insistieren, wenn Eltern, Schülerinnen und Schüler belangvolle und legitime gegenläufige Interessen geltend machen. Selbst die Wahrung des Schulfriedens wird von muslimischen Verbänden nicht als Grund für Einschränkungen der Freiheit der Lehrerin akzeptiert.

31 BVerfGE 108, 282, 316 – Sondervotum Jentsch, Di Fabio, Mellinghoff.

für unerheblich zu erklären. Das Grundgesetz sieht keinen unkonditionierten Anspruch der Lehrerin zur Grundrechtsverwirklichung im Dienst zulasten der Schüler und Eltern vor.

Auch der Erste Senat geht nun in seiner Entscheidung nicht von einem bedingungslosen Recht „auf das Kopftuch“ aus. Wenn eine konkrete Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität bestehe, könne das Tragen religiös konnotierter Kleidung verboten werden.³²

Damit bekommt der Beschluss eine ganz besondere Note. Er schlägt eine dialektische Volte – und Dialektik vollzieht sich bekanntlich nicht intentional, sondern im Rücken der Handelnden. Weil Grundrechte der Schüler, Schülerinnen und Eltern zur *quantité négligeable* erklärt werden und nur die Sicherung des Anstaltszwecks der Grundrechtsausübung der Staatsdienerin Grenzen zu setzen vermag, zeichnet sich die Entscheidung des Ersten Senats, die auf den ersten Blick so entschieden die offene Gesellschaft und den kulturellen Pluralismus verteidigt, durch einen versteckten Etatismus aus, den ausgerechnet diejenigen, die Amtsethos und Amtspflichten im Staatsdienst hochhalten,³³ vermeiden.

7 Die zwei Senate des Bundesverfassungsgerichts: Zwei Gerichte mit gemeinsamem Postfach?

Sicherlich kann man die geschilderte grundrechtliche Konfliktlage und ihre dogmatische Aufarbeitung mit nachvollziehbaren Gründen auch so bewerten, wie der Erste Senat dies getan hat. Rechtlich angreifbar ist der Beschluss vom 27. Januar 2015 aus einem ganz anderen Grund: Der Erste Senat schreibt die vorhergehende Entscheidung des Zweiten Senats vorgeblich fort und konkretisiert sie, tatsächlich jedoch wird das Urteil von 2003 zu weiten Teilen revidiert, ohne gemäß § 16 BVerfGG das Plenum anzurufen.

Zur Rechtfertigung des Ersten Senats wird in ersten Reaktionen auf den Beschluss geltend gemacht, dass die Voraussetzungen einer Plenarentscheidung, eine Divergenzlage zwischen den Se-

32 BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 113: „Anders verhält es sich dann, wenn das äußere Erscheinungsbild von Lehrkräften zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität führt oder wesentlich dazu beiträgt. Dies wäre etwa in einer Situation denkbar, in der – insbesondere von älteren Schülern oder Eltern – über die Frage des richtigen religiösen Verhaltens sehr kontroverse Positionen mit Nachdruck vertreten und in einer Weise in die Schule hineingetragen würden, welche die schulischen Abläufe und die Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags ernsthaft beeinträchtigte, sofern die Sichtbarkeit religiöser Überzeugungen und Bekleidungspraktiken diesen Konflikt erzeugte oder schürte. Bei Vorliegen einer solchermaßen begründeten hinreichend konkreten Gefahr ist es den grundrechtsberechtigten Pädagoginnen und Pädagogen mit Rücksicht auf alle in Rede und gegebenenfalls in Widerstreit stehenden Verfassungsgüter zumutbar, von der Befolgung eines nachvollziehbar als verpflichtend empfundenen religiösen Bedeckungsgebots Abstand zu nehmen, um eine geordnete, insbesondere die Grundrechte der Schüler und Eltern sowie das staatliche Neutralitätsgebot wahrende Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags sicherzustellen. Aber auch dann wird die Dienstbehörde im Interesse des Grundrechtsschutzes der Betroffenen zunächst eine anderweitige pädagogische Verwendungsmöglichkeit mit in Betracht zu ziehen haben.“

33 Ausgeprägt BVerfGE 108, 282, 314 ff. – Sondervotum Jentsch, Di Fabio, Mellinghoff; etwas abgeschwächt BVerfG – Sondervotum Schluckebier und Hermanns, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 1 ff.

naten in einer tragenden Rechtsfrage,³⁴ gar nicht vorlagen.³⁵ Mit dem Beschluss vom 27. Januar 2015 weiche der Erste Senat von keiner entscheidungserheblichen Aussage des Zweiten Senats zur Rechtslage ab.

Liest man das Urteil aus dem Jahre 2003 genau, muss man feststellen, dass es tatsächlich gewisse Interpretationsspielräume offen lässt. Doch bedeutet das nicht, dass der nachfolgend entscheidende Senat mit den Urteilsgründen beliebig umgehen kann. Das Urteil aus dem Jahre 2003 behandelte ausdrücklich die Frage, ob bei der „abstrakten Gefahr“ für kollidierende Verfassungsgüter das Kopftuch der Lehrerin verboten werden kann – und fordert genau für diese Konstellation eine besondere gesetzliche Grundlage.³⁶ Die Landesgesetzgeber, die daraufhin Regelungen erlassen haben, gingen durchgängig davon aus, dass sie zu einer weitreichenden Gefahrenvorsorge in Form eines generell-abstrakten Verbots befugt sind. In dieser Auffassung wurden sie von zahlreichen Sachverständigen in Anhörungen während der Gesetzgebungsverfahren bestärkt – darunter auch solche, die 2015 als Verfassungsrichterin und Verfassungsrichter mit der Senatsmehrheit stimmten (wie das Sondervotum süffisant vermerkt).³⁷ Auch eine Kammerentscheidung des Zweiten Senats, die eine Regelung Bremens für verfassungskonform erklärt, legt ein derartiges Verständnis des Urteils von 2003 zugrunde.³⁸

Wieso sollen also die Ausführungen des Zweiten Senats zur Abwehr einer *abstrakten* Gefahr für den Schulfrieden, die religiös-weltanschauliche Neutralität oder religiöse Grundrechte der Eltern, Schüler und Schülerinnen und zum Erfordernis einer – 2003 fehlenden – spezialgesetzlichen Regelung für eine solche Gefahrenabwehr keine tragenden Gründe im Sinne des § 16 BVerfGG sein?³⁹ Teilweise wird nun darauf abgestellt, dass nur das vom Zweiten Senat aufgestellte Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Grundlage einen tragenden Rechtsgrund darstelle.⁴⁰ Alle an-

34 Zu den Voraussetzungen näher *Hömig, D.*, in Maunz/Schmidt-Bleibtreu in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 16 (45. EL 2014) Rn. 5 ff.; *Eschelbach, R.*, in: Umbach, D. C./Clemens, Th./Dollinger, F.-W., BVerfGG, 2. Aufl. Heidelberg 2005, § 16 Rn. 21 ff. (nota bene: ausgesprochen kritisch zur Handhabung der Norm durch das BVerfG).

35 *Hong, M.*, Two Tales of Two Courts: zum Kopftuch-Beschluss und dem „horror pleni“, VerfBlog, 2015/3/27, <http://www.verfassungsblog.de/two-tales-of-two-courts-zum-kopftuch-beschluss-und-dem-horror-pleni/>; *ders.*, Sicher, es geht um Verfassungsrecht: zu obiter dicta und „stare decisis“, VerfBlog, 2015/3/29, <http://www.verfassungsblog.de/sicher-es-geht-um-verfassungsrecht-zu-obiter-dicta-und-stare-decisis/>; *Wrase, M.*, Kopftuch revisited – Karlsruhe ebnet Weg für religiöse Vielfalt in der Schule, in: <http://www.juwiss.de/15-2015/>.

36 Wörtlich heißt es zur abstrakten Gefahr in BVerfGE 108, 282, 303: „Sollen bereits derartige bloße Möglichkeiten einer Gefährdung oder eines Konflikts aufgrund des Auftretens der Lehrkraft und nicht erst ein konkretes Verhalten, das sich als Versuch einer Beeinflussung oder gar Missionierung der anvertrauten Schulkinder darstellt, als Verletzung beamtenrechtlicher Pflichten oder als die Berufung in das Beamtenverhältnis hindernder Mangel der Eignung bewertet werden, so setzt dies, weil damit die Einschränkung des vorbehaltlos gewährten Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG einhergeht, eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage voraus, die dies erlaubt.“ Und weiter (BVerfGE 108, 282, 310): „Wie auf die gewandelten Verhältnisse zu antworten ist, insbesondere, welche Verhaltensregeln in Bezug auf Kleidung und sonstiges Auftreten gegenüber den Schulkindern für Lehrerinnen und Lehrer zur näheren Konkretisierung ihrer allgemeinen beamtenrechtlichen Pflichten und zur Wahrung des religiösen Friedens in der Schule aufgestellt werden sollen und welche Anforderungen demgemäß zur Eignung für ein Lehramt gehören, hat nicht die Exekutive zu entscheiden. Vielmehr bedarf es hierfür einer Regelung durch den demokratisch legitimierten Landesgesetzgeber.“

37 BVerfG – Sondervotum Schluckebier und Hermanns, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 7.

38 BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 22. Februar 2006, Az. 2 BvR 1657/05.

39 Der Frage, ob die polizeirechtlichen Kategorien der konkreten und abstrakten Gefahr für die Kopftuchproblematik in der Schnittfläche von Schul- und Religionsverfassungsrecht passgenau ist, wäre eigens einzugehen. Für die Anwendung des § 16 BVerfGG kommt es darauf hier nicht an.

40 Siehe Nachweise in Anm. 35.

deren Ausführungen im Urteil des Zweiten Senats könne man hinwegdenken, ohne dass es an einer hinreichenden verfassungsrechtlichen Begründung mangle. Also liege keine Divergenzlage nach § 16 BVerfGG vor. Ergo stehe es verfassungsprozessual dem Ersten Senat offen, nun eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Auf die verfassungsrechtlichen Gründe für die Aktivierung des Parlamentsvorbehaltes seitens des Zweiten Senats soll es nicht ankommen.

Doch stimmt das? Hat der Zweite Senat, als er für ein abstrakt-generelles Verbot religiös konnotierter Bekleidung des Lehrpersonals ein Parlamentsgesetz gefordert hat, keine tragende Aussage über die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Gesetzes im Übrigen gemacht? Wer das annimmt, unterstellt dem Zweiten Senat, es fordere für die Abwehr der von einer religiös akzentuierten Bekleidung ausgehenden abstrakten Gefährdungen des Schulfriedens oder weiterer Verfassungsgüter ein Parlamentsgesetz, obwohl doch, so nun die Rechtsauffassung des Ersten Senats, *jede (!)* Regelung abstrakter Gefährdungslagen per se unverhältnismäßig ist. Eine solche Lesart beraubt das Urteil von 2003 jeden Sinns. So einfach lässt sich der Widerspruch zwischen den Rechtsausagen der beiden Senate nicht zum Verschwinden bringen.⁴¹

Für das Entscheidungsergebnis unerheblich wären die Erwägungen des Zweiten Senats zur abstrakten Gefahrenlage nur, wenn das Urteil aus dem Jahre 2003 auch Konstellationen einer *konkreten* Gefährdung des Schulfriedens erfassen würde und auch hierfür vom parlamentarischen Gesetzgeber verlangt hätte, eine besondere Regelung für religiöse Bekundungen seitens des Lehrpersonals zu treffen. Dann hätte in der Folge Raum für eine Konkretisierung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben durch den Ersten Senat bestanden. Dann hätten weitere Anforderungen zur Verhältnismäßigkeit aufgestellt werden können, ohne das Plenum bemühen zu müssen.

Eine solche Interpretation aber lassen die Urteilsgründe von 2003 bei Einhaltung der Grundregeln hermeneutischer Höflichkeit gerade nicht zu. Aus dem Argumentationsgang des Urteils von 2003 – unter Einschluss des Sondervotums – ergibt sich, dass damals für den Fall einer *konkreten* Rechtsgütergefährdung (etwa des Schulfriedens) die allgemeinen beamtenrechtlichen Bestimmungen als Eingriffsgrundlage zulasten der Lehrerin ausgereicht hätten. Der vom Zweiten Senat geltend gemachte Parlamentsvorbehalt bezog sich *nur* auf die – vom Ersten Senat nun für tabu erklärte – abstrakte Gefahrenlage. Zugegeben: Explizit steht das in den Erläuterungen des Zweiten Senats so nicht. Aber jede andere Verfassungsauslegung würde zu eigenwilligen Ergebnissen führen und den Vorbehalt eines Parlamentsgesetzes im öffentlichen Dienstrecht überspannen. Auch der Gesamtduktus der Entscheidungsbegründung macht deutlich, dass die Erwägungen zum Parlamentsvorbehalt nicht isoliert das Urteil tragen können, sondern dessen Begründung mit in den Blick genommen werden muss.

Hilfreich zur Einordnung der Entscheidung des Zweiten Senats von 2003 ist vielleicht ein Vergleich mit dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall eines in einer Pause betenden Schülers. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seiner Entscheidung eng an den Urteilsgründen des Zweiten Senats orientiert und den Fall von der Konstellation des Bundesverfassungsgerichts abgegrenzt: Der Schüler als mit Zwang in die staatliche Anstalt eingegliedertes Grundrechtsträger musste wegen der konflikträchtigen Vorbelastung der Schule ein Betverbot ohne besondere

41 Heinig, H. M., Von tragenden Gründen und abstrakter Gefahr, VerfBlog, 2015/3/31, <http://www.verfassungsblog.de/von-tragenden-gruenden-und-abstrakter-gefahr/>; den Widerspruch konstatiert auch Neureither, G., Über Kopftücher, Segelanweisungen und das Pech, zur falschen Zeit am falschen Ort und vor dem falschen Senat zu sein, VerfBlog, 2015/3/20, <http://www.verfassungsblog.de/ueber-kopftuecher-segelanweisungen-und-das-pech-zur-falschen-zeit-am-falschen-ort-und-vor-dem-falschen-senat-zu-sein/>.

gesetzliche Grundlage dulden.⁴² Die auf schulgesetzlicher Grundlage erlassene Schulordnung soll hier als Eingriffsgrundlage ausreichen, weil bereits eine konkrete Beeinträchtigung des Schulfriedens vorlag. Erst recht müsste dann eine Lehrerin als Staatsdienerin bei *konkreten* Gefahren für den Schulfrieden dienstrechtliche Restriktionen hinsichtlich ihres religiös geprägten Verhaltens ohne spezialgesetzliche Grundlage hinnehmen.

Der Vergleich der beiden Sachverhalte und ihrer verfassungsrechtlichen Bewertung macht anschaulich: Der Zweite Senat ging wohl kaum davon aus, dass es einer ausdrücklichen Gesetzesgrundlage über die dienstrechtlichen Grundregeln (wie dem Mäßigungsgebot) hinaus schon dann bedarf, wenn der Staat sein Lehrpersonal bloß dazu anhalten will, nicht durch eigenes Verhalten eine *konkrete* Gefahr für den Schulfrieden zu schaffen oder zu vertiefen. Sogar für die abstrakte Gefahr sahen drei Mitglieder des Senats 2003 keinen Anlass, eine weitere gesetzliche Regelung zu verlangen. Der Senat stritt nicht über die Alternative konkrete oder abstrakte Gefahr, sondern über die Frage, ob bei einer abstrakten Gefahr *überhaupt* eine eigene gesetzliche Grundlage zu schaffen ist.

Tragender Grund für das Urteil des Zweiten Senats war also nicht die fehlende gesetzliche Grundlage als solche, sondern die Aussage, ein *abstrakt-generelles* Verbot religiös akzentuierter Bekleidung für das Lehrpersonal in öffentlichen Schulen bedürfe einer spezialgesetzlichen Regelung. Davon weicht der Erste Senat in seinem Beschluss vom 27. Januar 2015 ab, ohne das Plenum zu befassen. Der Parlamentsvorbehalt für die Regelung der Frage religiös akzentuierter Bekleidung von Lehrpersonal wird seitens des Ersten Senats von seinem Ausgangspunkt abgelöst. Er soll offensichtlich weitergelten, ohne dass überhaupt eine abstrakte Gefahrenlage gesetzlich noch regelbar ist (so der Erste Senat). Nur für diese Konstellation aber hat der Zweite Senat den Gesetzesvorbehalt bemüht. Wie man es also dreht und wendet: Der Erste Senat weicht von einem tragenden Rechtsgrund für das Kopftuch-Urteil von 2003 ab.

Man mag das Ergebnis der zweiten Entscheidung zum Kopftuch der Lehrerin in vielerlei Hinsicht – rechtlich wie politisch – gegenüber der ersten Gerichtsentscheidung für vorzugswürdig halten. Auch dann heiligt der gute Zweck nicht jedes Mittel. Aus Sicht des Landesgesetzgebers stellt sich die Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts zur Kopftuchfrage so dar, dass er zunächst vom Zweiten Senat aufgefordert wird, besondere gesetzliche Regelungen zu schaffen, wenn er eine abstrakte Gefahrenvorsorge betreiben will, um dann vom Ersten Senat bescheinigt zu bekommen, dass genau ein solches Vorgehen verfassungswidrig ist. Beide Senate widersprechen sich in den für die Entscheidung jeweils wesentlichen Punkten. Der Gesetzgeber weiß nicht mehr, an wessen Entscheidung er sich orientieren soll (die *lex posterior*-Regel greift nicht bei Gerichtsentscheidungen). Genau diesen Verlust an Rechtssicherheit soll § 16 BVerfGG vermeiden. Man sagt es nicht gern, aber das ist die Konsequenz der vorstehenden Ausführungen: Der Erste Senat hat die ihm durch § 16 BVerfGG gezogenen Grenzen seiner Entscheidungskompetenz überschritten.

Abrupte Wechsel in der Spruchpraxis müssen Gerichte jedoch tunlichst meiden, um ihrer justiziellen Aufgabe nachkommen zu können. Sonst unterminiert ein Gericht seine eigene Autorität und beschädigt eine grundlegende Funktion des Rechts. Gerade im Verfassungsrecht tritt ansonsten eine vom Verfassungsgericht betriebene (durch keine demokratische Legitimation abgedeckte) Politisierung des Rechts an die Stelle der durch das Gericht eigentlich abzusichernden Verrechtlichung der Politik. Wenn beide Senate wie zwei unabhängige Gerichte agieren, die nur zufällig

42 BVerwGE 141, 223 ff.

unter der gleichen Adresse erreichbar sind,⁴³ leidet die Primärfunktion des Rechts, die normative Erwartungsstabilisierung. Die Rechtssicherheit und die Verlässlichkeit im Kalkül politischer Entscheidungen in Reaktion auf verfassungsgerichtliche Rechtsprechung nehmen Schaden.

8 Wahrung des Schulfriedens nur bei abstrakt-genereller Regelung?

Blendet man solche Fragen der Bindungswirkung vorhergehender Rechtsprechung aus, spricht aus grundrechtsdogmatischer Sicht zunächst einiges dafür, mit dem Ersten Senat ein abstrakt-generelles Verbot des Kopftuchs der Lehrerin verfassungsrechtlich zu problematisieren. Denn ein Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls bewirkt einen schonenderen Rechtsgüterausgleich, selbst wenn man aus den aufgezeigten Gründen kollidierende Eltern- und Schülerrechte einbezieht.⁴⁴ Doch Rechtsdogmatik muss auch Bedarfslagen aus der Praxis aufnehmen und verarbeiten können. Zur schulischen Praxis gehört, dass aus Reihen der Lehrerschaft gegen die Lösung des Ersten Senats Widerspruch angemeldet wird. Lehrerverbände warnen vor den Konsequenzen der Entscheidung für den Schulalltag.⁴⁵ Sie halten das vom Gericht vorgesehene Prozedere für realitätsfremd. Die Auseinandersetzung um das Kopftuch werde nun in die einzelnen Schulen getragen und auf konkrete Einzelpersonen bezogen. Wenn fortan betroffene Schulleitungen bzw. die vor Ort zuständige Schulbehörde zur Entscheidung berufen sind, könnte dies letztlich konfliktverschärfend wirken, während generelle gesetzliche Regelungen Distanz schüfen, verallgemeinern und hierdurch dem Schulfrieden dienen. In den Beratungsverfahren der Landesparlamente nach 2003 haben Lehrerverbände deshalb eindringlich dafür plädiert, gerade keine lokale Einzelfallprüfung durchzuführen.⁴⁶ Macht man sich diese Argumentation zu Eigen, erfordert gerade die vom Ersten Senat für legitim gehaltene Sicherung des Schulfriedens eine abstrakt-generelle Regelung.

9 Verlust von Gestaltungsmacht: Der demokratische Gesetzgeber als Verlierer

Man sieht an diesen Bedenken, dass die nach der reinen Lehre der Grundrechtsdogmatik vorzugswürdige Lösung sich im konkreten Handlungsfeld nicht notwendig bewähren muss. Womöglich war der 2003 vom Bundesverfassungsgericht gewählte Ansatz, dem Gesetzgeber das letzte Wort zu lassen, doch Ausdruck kluger gerichtlicher Selbstbescheidung. Der demokratische Gesetzgeber ist aufgrund der deliberativen Entscheidungsverfahren im Parlament und dessen Einbettung in eine politische Öffentlichkeit zur Verarbeitung komplexer Gemengelagen widerstreitender, jeweils legitimer Interessen sowie gesellschaftlicher Lernerfahrungen bei hoher kultureller Dynamik tendenziell besser geeignet und demokratisch auch gehaltvoller legitimiert als ein Verfassungsgericht.

43 Vgl. Möllers, C., A Tale of two Courts, VerfBlog, 2015/3/14, <http://www.verfassungsblog.de/a-tale-of-two-courts>.

44 Eine konkrete Einzelfallbetrachtung unter Einbezug kollidierender Rechtspositionen könnte auf eine Widerspruchslösung hinauslaufen; vgl. Heinig, H.M./Morlok, M., Von Schafen und Kopftüchern, in: JZ 2003, 777 (783 ff.).

45 Siehe etwa die Pressemitteilung des Deutschen Lehrerverbandes vom 13. März 2015 http://www.lehrerverband.de/presse_Kopftuchurteil-0315.html.

46 Siehe die Nachweise im Sondervotum Schluckebier und Hermanns: BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 Bv R 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 15.

Dieser die 2003er Entscheidung prägende Grundeinsicht ist der Erste Senat nicht gefolgt. Dem parlamentarischen Gesetzgeber wird nur noch ein minimaler Handlungsspielraum eingeräumt. Eine „Einschätzungsprärogative“⁴⁷ wird ihm bloß rhetorisch zugestanden: Dass der Staat bei einer konkreten Gefährdung des Schulfriedens aktiv wird, versteht sich im Grunde von selbst; Gestaltungsmöglichkeiten bleiben dem Gesetzgeber deshalb nur noch in der Frage, ob er für konfliktbelastete Problemschulen und -bezirke vorbeugende administrative Maßnahmen ermöglichen will.⁴⁸ Der demokratische Gesetzgeber ist neben den Eltern und Schülern deshalb der zweite große Verlierer der Entscheidung des Ersten Senats.

Dieser Eindruck wird dadurch verstärkt, dass ostentativ eine schulgesetzliche Klausel als verfassungswidrig verworfen wurde, die die „Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen“ im Unterricht ausdrücklich erlaubte (§ 57 Abs. 4 S. 3 SchulG NRW). Sollte der Landesgesetzgeber damit zunächst versucht haben, christliche oder jüdische Lehrerinnen und Lehrer besser zu stellen als muslimische, war der Versuch offensichtlich untauglich. Dessen war sich, wie sich aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt, auch der Gesetzgeber in Nordrhein-Westfalen bewusst.⁴⁹ Bundesverwaltungsgericht und Bundesarbeitsgericht haben eine Ungleichbehandlung des Lehrpersonals bei religiös akzentuierter Kleidung in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2003 als verfassungswidrig bewertet und Gesetzesklauseln wie die zitierte zur Darstellung christlicher und abendländischer Werte in Respekt vor dem demokratisch unmittelbar legitimierten Gesetzgeber mittels verfassungskonformer Interpretation auf einen verfassungsrechtlich unbedenklichen Gehalt reduziert.⁵⁰ So verstanden bekräftigt die Norm, was angesichts der europäischen Kulturgeschichte eigentlich selbstverständlich sein sollte: Religiöse Traditionen, insbesondere das Christentum, können Gegenstand des auf Wissensvermittlung ausgerichteten Unterrichts sein und dabei kann auch auf christliche und andere geistesgeschichtliche Wurzeln grundlegender Normative einer liberaldemokratischen politischen Ordnung hingewiesen werden. Man mag über die Sinnhaftigkeit derartiger schulgesetzlicher Bestimmung streiten, doch per se verfassungswidrig sind sie im Lichte der verfassungsgerichtlichen Vorgaben zu den christlichen Gemeinschaftsschulen⁵¹ als Teil des Spektrums öffentlicher Schultypen nicht.

10 Implizite Verfassungstheorie

Nun hätte sich das Bundesverfassungsgericht der fachgerichtlichen Rechtsprechung der beiden obersten Bundesgerichte anschließen und auf diese Weise die Bedeutung des Gleichbehandlungsgebots bei der Regelung religiös akzentuierter Kleidung des Lehrpersonals in öffentlichen Schulen unterstreichen können. Diesen Weg ist das Gericht bewusst nicht gegangen. Es wollte erkennbar ein Zeichen setzen. Begründet wird die Normverwerfung mit dem Respekt vor dem Gesetzgeber; das Sondervotum legt anschaulich dar, dass gerade die Achtung der legislativen Kompetenzen eine verfassungskonforme Interpretation an der Stelle gefordert hätte.

47 BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 102.

48 Dazu BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 114.

49 Überzeugend BVerfG – Sondervotum Schluckebier und Hermanns, Beschluss vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10 Rn. 20 ff.

50 BVerwGE 121, 140 ff. zu § 38 Abs. 2 SchulG B.-W.; BAGE 132, 1 ff. zu § 57 Abs. 4 S. 3 SchulG NRW.

51 BVerfGE 41, 29 ff.; 41, 65 ff.; 41, 88 ff.; 52, 223 ff.

Das Verhalten des Gerichts gibt Raum für Spekulationen über seine Motive. Eine mögliche Interpretation des Beschlusses ist, dass dem Senat daran gelegen war, die Egalität religiöser Freiheit besonders herauszustreichen und damit implizit solchen Lesarten des Verfassungsrechts entgegenzutreten, die versuchen, Genese und Geltung der Verfassungsordnung engzuziehen, die liberaldemokratische politische Ordnung kulturalistisch aufzuladen oder gar das Religionsverfassungsrecht unter eine Art christlich-abendländischen Kulturvorbehalt zu stellen. In einer verfassungstheoretischen Disputation hätte ein solches Ansinnen uneingeschränkte Zustimmung verdient.⁵² Doch Gerichtsentscheidungen sind kein Genre zur Klärung sozial- und normtheoretischer Grundsatzfragen.

In der Vergangenheit wurden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts seitens der Betroffenen auch deshalb akzeptiert und war das Gericht auch deshalb in der Bevölkerung so anerkannt, weil es Verfassungsfragen pragmatisch gehandhabt, Theoriefragen nie um ihrer selbst willen behandelt und auf die Integrationskraft des Verfassungsrechts in unterschiedliche Sozialmilieus hinein geachtet hat.⁵³

Ein Milieu unter vielen bilden konservativ-christliche Strömungen, auch wenn sie in der Politik, in der öffentlichen Meinungsbildung und auch in der Staatsrechtslehre im Vergleich zur Bonner Republik an Einfluss verloren haben. Sie können politischen Bekenntnissen zur Prägekraft des Christentums viel abgewinnen. Deshalb hat der Landesgesetzgeber Klauseln zur Darstellung von christlich gespeisten Bildungswerten verabschiedet, wiewohl er wusste, dass Nonnentracht und Kippa nicht privilegiert werden können. Indem der Erste Senat die Gesetzesklausel zur Darstellung abendländischer Werte als verfassungswidrig verwarf, beschied er diesem Milieu demonstrativ und mit gerichtlicher Autorität noch einmal ihren gesellschaftlichen Bedeutungsverlust. Fast scheint es so, als ob es dem Senat genau auf diese Geste ankam. Es entschied nicht nur über ein Symbol, sondern setzte selbst ein Zeichen.⁵⁴ Unter verfassungspolitischen Integrationsgesichtspunkten darf man fragen, ob das wirklich sein musste, wo doch der verfassungsrechtliche Streit auch ohne Normverwerfung zugunsten des Kopftuchs hätte entschieden werden können.

11 Schlussbemerkung

Die meisten Erwägungen des Ersten Senats, freilich ergänzt um eine stärkere Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der Eltern und Schüler hätten eine nachvollziehbare und wohlbegründete Grundlage für eine gesetzgeberische Entscheidung geboten. Stellt man die *rechtspolitischen* Argumente für und gegen eine räumlich kleinteiligere und die konkreten Konfliktlagen berücksichtigende Prüfung gegenüber, dürften die überwiegenden Gründe gegen ein abstrakt-generelles Kopftuchverbot für Lehrerinnen in öffentlichen Schulen sprechen. *Verfassungsrechtlich* dagegen bleibt der Erste Senat in der Entscheidungsbegründung hinter den Anforderungen zurück, die an einen abrupten Wechsel in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu stellen wären. Das Sondervotum des Richters Schluckebier und der Richterin Hermanns entfaltet seine Argumente überzeugender als das Mehrheitsvotum die seinen.

52 Kritik m. w. N. zu solchen Positionen bei Heinig (Anm. 3), S. 9 ff., 24 ff., 140 ff.

53 Anschaulich Jestaedt, *M. u. a.*, Das entgrenzte Gericht, Berlin, 2011.

54 So auch (begrüßend) Möllers (Anm. 43). War die Entscheidung des Zweiten Senats von machtdезenten Deutungen der Fakten und Normen geprägt (vgl. Heinig, Deutungsmachtkonflikte (Anm. 28), S. 425 f.), nutzt der Erste Senat mit seinem Beschluss die richterliche Deutungsmacht ungehemmt.

In den Ländern, die Verbote religiös akzentuierter Bekleidung des Lehrpersonals erlassen haben, gaben zuletzt von einzelnen Landesregierungen ausgehende Initiativen zum Abschluss von religionsverfassungsrechtlichen Verträgen mit muslimischen Organisationen Anlass, über Novellierungen nachzudenken. Bis zum Beschluss des Ersten Senats hatte jedoch kein Landesgesetzgeber Anpassungen an die einmal erlassenen gesetzlichen Regelungen vorgenommen. In den politischen Arenen wurden die unterschiedlichen Ansätze quer durch alle politischen Parteien anhaltend kontrovers diskutiert. Es gibt eben auch gewichtige Gegenargumente.

Diesen vom Zweiten Senat bewusst initiierten Prozess der symbolpolitischen Selbstverständigung der Gesellschaft hat der Erste Senat durch autoritative Streitentscheidung zum Abbruch gebracht. Für die betroffenen muslimischen Lehrerinnen geht damit ein weitreichender Freiheitsgewinn einher. Einer nachhaltigen, in der Breite der Bevölkerung akzeptierten und demokratisch verantworteten Integrationspolitik könnte das Gericht jedoch mehr Schaden als Nutzen gebracht haben.

Verf.: Prof. Dr. Hans Michael Heinig, Georg-August-Universität Göttingen, Direktor des Instituts für Öffentliches Recht – Abt. Verfassungstheorie, LS für Öffentliches Recht, insb. Kirchen- und Staatskirchenrecht, zgl. Leiter des Kirchenrechtlichen Instituts der EKD, Göttingerstr. 11, 37073 Göttingen, E-Mail: ls.heinig@jura.uni-goettingen.de