

## AUFSÄTZE

Martin Morlok

# Der Gesetzgeber ist am Zug: Zum Kopftuchurteil des Bundesverfassungsgerichts\*

## I Einleitung

Karlsruhe locuta, causa non finita. Anders als wohl von vielen erwartet, anders als auch in vielen anderen Fällen hat im Streit um das muslimische Kopftuch das Bundesverfassungsgericht nicht abschließend entschieden<sup>1</sup>. Das Gericht hat in der zentralen Frage den Ball an den Gesetzgeber weitergegeben – und damit an die Teilnehmer des öffentlichen Diskurses über die Zulässigkeit eines Unterrichts durch Lehrerinnen, die aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen.

Nach Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in kontrovers behandelten Angelegenheiten hört die Diskussion normalerweise nicht schlagartig auf, sie verändert sich jedoch: Aus der Erörterung der Sachfrage wird eine Beurteilung der Entscheidung des Gerichts und der vom Gericht für die Entscheidung angeführten Gründe. Das ist hier anders, weil eben die tragende Meinung des Gerichts die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Kopftuches für Lehrerinnen dem Gesetzgeber überantwortet hat. Diese Weigerung, die Kernfrage selbst zu entscheiden, löste denn auch ein kritisches Echo aus: So nannte dem Vernehmen nach Bundespräsident Thierse das Urteil »merkwürdig feige«, die »Frankfurter Allgemeine Zeitung« stellte fest, Karlsruhe »drücke sich« und die baden-württembergische Kultusministerin Schavan vermisste Hinweise des Gerichts für den Landtag, wie ein entsprechendes Gesetz auszusehen habe, eine gleichgeartete Kritik findet sich auch im Sondervotum<sup>2</sup>.

Um diese Entscheidung und ihre zentralen Fragen soll es im Folgenden gehen: Begonnen wird mit einer kurzen Rekonstruktion der rechtlichen Problematik (II. 1.) und einem Blick auf die tatsächlichen Probleme, die hinter diesem Rechtsstreit stehen (II. 2.). Sodann steht die notwendige Differenzierung zwischen dem »Gerechten« und dem »Guten«, die für die Diskussion eine Rolle spielt oder spielen sollte, im Vordergrund (III.). Im Hauptteil sollen dann einige rechtliche Aspekte einer genaueren Betrachtung unterzogen werden (IV.), ehe ein kurzes Resümee den Abschluss bildet (V.).

\* Überarbeitete Fassung eines Vortrages beim 56. Berliner Forum Schulrecht am 26. September 2003 beim Max-Planck-Institut für Bildungsforschung Berlin.

1 Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, NJW 2003, 311 ff.

2 Abweichende Meinungen der Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff NJW 2003, 3117 (3121).

## II Das Problem

### 1 Mehrzahl verfassungsrechtlicher Positionen

Die Kopftuchfrage ist deswegen so kompliziert, weil nicht nur zwei Rechte miteinander konfliktieren, sondern weil eine ganze Reihe verfassungsrechtlicher Vorschriften dabei zu beachten ist:

- Eine wichtige Rolle spielt sicher die – positive – Religionsfreiheit der Lehrerin aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.
- Zu Gunsten der Lehrerin ist auch das religionsrechtliche Gleichheitsgebot aus Art. 3 Abs. 3 GG zu beachten.
- Umgekehrt wirkt Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in seiner Funktion einer Gewährleistung der negativen Religionsfreiheit der Schüler.
- Gegenläufig ist auch, das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG, hier in Verbindung wiederum mit Art. 4 GG.
- Die Gewährleistung des Zugangs zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 Abs. 2 GG bildete den unmittelbaren rechtlichen Anknüpfungspunkt für die Entscheidung des Gerichts, übrigens auch für die Zuordnung zum 2. Senat als beamtenrechtliche Frage, und nicht zum eigentlichen Grundrechtssenat, dem 1. Senat.
- Dabei gilt es auch, Art. 33 Abs. 3 GG als besondere beamtenrechtliche Ausprägung des religionsrechtlichen Gleichheitsgebots zu betrachten.
- Nicht vergessen werden darf Art. 7 GG mit seiner Kompetenzbegründung für den Staat in Abs. 1 und der religionsrechtlichen Bestimmungsgarantie für die Eltern in Abs. 2.
- Ein Gedanke sollte auch dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit der Mädchen gelten, die von einer islamischen Lehrerin unterrichtet werden. Werden sie möglicherweise in ihrer Entfaltung eingeschränkt? Werden etwaige elterliche Wünsche, das Mädchen möge auch Kopftuch tragen, durch die Lehrerin verstärkt und mit Autorität ausgestattet?
- Schließlich und nicht zuletzt wird in vielen Stellungnahmen zum Thema und auch im Minderheitsvotum, dort sogar zentral, auf das Gebot der religiös-weltanschaulichen *Neutralität* des Staates abgehoben mit seinen subjektiv-rechtlichen wie auch objektiv-rechtlichen Gehalten.

Diese Vielzahl der zu berücksichtigen Rechtspositionen konstituiert ein kompliziertes mehrpoliges Geflecht von Rechtsverhältnissen. Damit wird es schwieriger, diese gegeneinander abzugrenzen und sie in ein angemessenes Verhältnis zueinander zu bringen. Erschwerend kommt noch hinzu, dass abhängig von der jeweils gegebenen Konstellation diesen verschiedenen Rechtspositionen unterschiedliches Gewicht zukommen kann: So wird das Alter der Schulkinder, die mit der Kopftuch tragenden Lehrerin konfrontiert werden, wichtig sein. Auch das soziale Umfeld, in dem eine derart als muslimisch erkennbare Lehrerin agiert, mag eine Rolle spielen im Hinblick auf die Auffälligkeit, Üblichkeit und damit auch Bedeutsamkeit einer solchen Präsentation der eigenen religiösen Überzeugung.

Angesichts dieser multifaktoriellen Struktur des Problems können mit guten Gründen unterschiedliche Umgangsweisen mit einer kopftuchtragenden Lehrerin verfassungsrechtlich für

richtig gehalten werden. Jedenfalls erscheint es eher unwahrscheinlich, dass diese komplizierte Rechtsfrage sich eindeutig in einer bestimmten Weise beantworten lässt.

## 2 Aspekte der tatsächlichen Problematik

Der rechtliche Streit um Lehrerinnen mit Kopftuch ist Ausdruck gesellschaftlicher Probleme. Diese motivieren auch die lebhafte Auseinandersetzung um diese Rechtsfrage.

a) Im Fokus eines gut nachvollziehbaren und öffentlich gut darstellbaren Falles thematisiert der Streit um das Kopftuch die zunehmende religiöse und kulturelle Pluralisierung der deutschen Gesellschaft. Sei es durch Zuwanderung, sei es durch Individualisierung und kulturelle Pluralisierung wurden die klassischen Blöcke der beiden großen christlichen Konfessionen einerseits erschüttert und ihrer alten Stabilität beraubt, andererseits wurden sie ergänzt um eine ganze Reihe von früher in Deutschland nicht signifikant vertretenen oder nicht einmal bekannten Religionen. Die große Gruppe der Muslime in unserem Land stellt nur den sichtbarsten Teil dieser Entwicklung dar. In Abstraktion von diesen konkreten Erscheinungen geht es darum, dass die religiösen und sonstigen Wertüberzeugungen sich über ein sehr viel breiteres Spektrum als früher erstrecken und wir eine Pluralisierung der Lebensstile festzustellen haben<sup>3</sup>.

b) Eine besondere Schwierigkeit röhrt daher, dass diese unterschiedlichen Lebensformen sich häufig nicht damit begnügen, faktisch hingenommen und rechtlich geduldet zu werden. Nicht unterdrückt zu werden, reicht diesen Gruppierungen nicht aus, vielmehr fordern solche bislang wenig bekannten Lebensformen öffentlich ihre Anerkennung und Berücksichtigung auch im institutionellen Gefüge. Als Beispiel sei die Bewegung der Schwulen und Lesben genannt, etwa mit der Forderung nach einem Ehe-Äquivalent. Als eine solche Forderung nach öffentlicher Anerkennung und Respektabilität kann man auch das Verlangen von muslimischen Frauen sehen, mit ihrem Kopftuch als Lehrerin akzeptiert zu werden. Die reine Duldung, etwa in Gestalt von ganzen »Kolonnen« kopftuchtragender Putzfrauen, die abends in die Schulen »einmarschieren«, hatte demgegenüber eine ganz andere Qualität. Die Diskussion über die Berücksichtigung divergenter Lebensformen innerhalb einer Gesellschaft, gerade auch in der Form der Anerkennung und damit um die Hinnahme und die bewusste Stabilisierung von Differenz kulturell unterschiedlicher Gruppen, bildete ein wichtiges Thema sozial-philosophischer Auseinandersetzung<sup>4</sup>.

c) »Gesellschaftspolitisch« geht der Streit darum, wie wir unsere Gesellschaft einrichten wollen, wie viel Pluralismus und Heterogenität sich unsere Gesellschaft leisten oder zumuten will. Die Schlagwörter von der »multikulturellen Gesellschaft« einerseits und der »deutschen Leitkultur« andererseits bringen dies auf markante Begriffe. Im Streit um das Kopftuch wird exemplarisch – in juristischer Form – auch diese Frage verhandelt, werden auch die Kosten und Schmerzen der Integration vom Fremdartigkeit verarbeitet.

d) Im Hinblick auf das Kopftuch ist auf eine fundamentale Ungewissheit hinzuweisen: Wie ist das Kopftuch einer muslimischen Frau zu interpretieren, was soll es ausdrücken<sup>5</sup>? Zu Recht weist das Gericht darauf hin, dass es nicht per se ein religiöses Symbol sei, aber gleichwohl im Einzelfall als ein solches getragen werden könne; es mag aber auch ein politi-

3 Vergleiche dazu *H. M. Heinig/M. Morlok*, Von Schafen und Kopftüchern, JZ 2003, S. 777 (m. w. N. in Fn. 9).

4 Siehe insbesondere *Ch. Taylor*, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, dt. 1993, einschließlich der dort versammelten Kommentare zum Taylor-Entwurf.

5 Dazu BVerfG NJW 2003, 3111 (3114).

sches Symbol darstellen oder eine Aussage zur Stellung der Frau bedeuten oder aber auch ein Bekenntnis zu einer bestimmten religiös-kulturellen Herkunft und der anhaltenden Verbundenheit damit sein. Angesichts dieser unterschiedlichen Deutungsmöglichkeiten darf die staatliche Beurteilung sich nicht willkürlich eine Deutungsmöglichkeit herausgreifen. Im Zusammenhang einer möglichen Beeinträchtigung des Schulbetriebes kommt es auf die greifbaren Effekte an, die das Kopftuch bei den Betrachtern auslöst. Maßgeblich ist also die Perspektive der Rezipienten, hier also diejenige der Schüler, deren Lehrerin ein Kopftuch trägt.

e) Wesentliche Argumente bei der Beurteilung des Kopftuches beziehen sich auf die Auswirkungen, welche eine »Kopftüchlerin« als Lehrerin auf die Schüler und insbesondere die Schülerinnen hat. Im Hinblick auf diesen Aspekt ist bemerkenswert, wie gering das Maß an verlässlichem Wissen über diese Effekte ist. Das Bundesverfassungsgericht hat dies ausdrücklich hervorgehoben<sup>6</sup>. Noch schlimmer steht es mit unseren Kenntnissen der integrationspolitischen Konsequenzen: Fördert die institutionelle Anerkennung des Kopftuchs als respektable Form der Lebensführung die Integration von Zuwanderern oder führt es zu einer konfliktstabilisierenden Entwicklung und Verfestigung von muslimischen Parallelgesellschaften? Nichts genaues, das sei ausdrücklich festgestellt, weiß man nicht.

### III Das »Gerechte« und »Gute«

Die Diskussion um die vernünftige Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens im Allgemeinen und die Erörterung der Kopftuchfrage im Besonderen tut gut daran, einen Unterschied zu beachten, nämlich den Unterschied zwischen dem »Gerechten« und dem »Guten«<sup>7</sup>. Menschliches Leben ist immer sinnorientiert und wird von Vorstellungen über das »richtige und gute Leben« geleitet. Diese sind regelmäßig auch moralisch aufgeladen, gelten häufig als alternativlos richtig. Abweichende Auffassungen gelten als jedenfalls nicht akzeptabel, häufig gar als unterdrückenswert. Unter Bedingungen des Pluralismus kann auf dieser – unaufhebbar umstrittenen – Grundlage aber keine gesellschaftliche Ordnung mehr aufgebaut werden.

Deswegen ist es wichtig, die Konzeption des *Guten* und Argumente, die auf die Bestimmung dieses Guten zielen, abzuheben vom Ziele einer *gerechten* gesellschaftlichen Ordnung. Mit diesem Begriff der Gerechtigkeit ist gemeint, dass alle Mitglieder der Gesellschaft frei und gleich an Rechten leben können und dass sie ihre unterschiedlichen Vorstellungen ausleben können. Es geht hierbei also um Kompatibilitätsbedingungen, die verschiedenen Überzeugungen eine friedliche Koexistenz erlauben. Um seine Friedensaufgabe erfüllen zu können, hat sich das Recht auf diese Funktion einer Sicherung des friedlichen Zusammenlebens zu begrenzen. Wenn man will, kann man dafür die alte Formel Jellineks vom »Recht als ethischem Minimum« nehmen. Gerade diese Funktion wird gefährdet, wenn mit den Mitteln des Verfassungsrechts bestimmte inhaltliche Vorstellungen für alle Bürger verbindlich gemacht werden sollen. Es ist also vor einer inhaltlichen Überfrachtung verfassungsrechtlicher Vorschriften mit zwangsläufig immer bestimmten und von anderen nicht geteilten Moralvorstellungen und Lebensführungskonzepten zu warnen.

Allerdings ist realistischerweise zu sehen, dass konkrete rechtliche Regelungen in ihrer Ausformung oft auch Elemente enthalten, die bestimmten partikulären Überzeugungen ent-

6 BVerfG NJW 2003, 3111 (3114 f.)

7 J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, dt. 1979, etwa S. 114, 486 ff.; s. weiter etwa G. Britz, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, S. 231 ff., sowie den Beitrag von Britz, in diesem Heft, S. 393; St. Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 10 f. m. w. N.

springen<sup>8</sup>. Die Zuordnung von Rechtspositionen kennt regelmäßige Spielräume, in welche eben auch moralische Überzeugungen und Vorstellungen einer bestimmten guten Ordnung des Zusammenlebens eingehen. In Fragen praktischer Rechtsgestaltung bleibt es eine heikle Aufgabe, die grundsätzliche Ausrichtung auf das Gerechte, die immer auch eine Beschränkung darstellt, auszubalancieren mit der unvermeidlichen und mit dem Maß an hinzunehmender partikularistischer Ausgestaltung einer rechtlichen Gemeinschaft gegenüber den dominierenden Überzeugungen.

Die Aufgabe des Rechts besteht im Hinblick auf Pluralismusprobleme in der Gewährleistung gleicher Freiheit für die Anhänger verschiedener Überzeugungen und das geschieht insbesondere durch die Sicherung der Grundrechte. Deren Inhalt muss dabei offen sein für die verschiedenen Überzeugungen; dogmatisch gesprochen empfiehlt es sich deswegen, für den Inhalt der Freiheitsrechte auf das Selbstverständnis der Grundrechtsträger abzuheben. Diese Bestimmung aus dem Sinnhorizont des Grundrechtsträgers ist eine für das Religionsrecht in besonderem Maße wichtige Folgerung. Aus solchen verfassungstheoretischen Überlegungen zur Gewährleistung des Zusammenlebens unter Bedingungen des Pluralismus lassen sich auch die Grundelemente des Religionsverfassungsrechts entwickeln, nämlich: Freiheit ebenso wie Gleichheit für alle Überzeugungen und dem korrespondierend die staatliche Pflicht zur Neutralität.

## IV Rechtliche Einzelaspekte

Einige rechtliche Aspekte der Entscheidung, sowohl der Mehrheitsmeinung als auch des Minoritätsvotums, sollen nun analysiert werden im Hinblick darauf, wie sie sich zum bisherigen juristischen Wissensbestand verhalten.

### 1 Beitrag zur Dogmatik von Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG

a) Zunächst ist festzuhalten, dass entgegen einer neueren Tendenz der Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als ein einheitlicher verstanden wird und nicht einer Departementalisierung in Glaubensfreiheit, Bekenntnisfreiheit und Religionsausübung das Wort geredet wird<sup>9</sup>. Hinter diesen Bemühungen steckt das Interesse, die Religionsfreiheit im Ergebnis schwächer zu machen, bestimmte Erscheinungsformen nicht in ihren Schutzbereich aufzunehmen. Gerade das Beispiel des Kopftuches belegt, dass dies nicht haltbar ist. Ist das Kopftuch ein Bekenntnis im Sinne der Offenbarung einer religiösen Überzeugung oder ist es Religionsausübung im Sinne der Einrichtung der Lebensführung an subjektiv als verpflichtend wahrgenommenen Geboten? Die Anerkennung der Einschlägigkeit der Religionsfreiheit im Kopftuchfall weist damit auch eine Auffassung zurück, die die Rolle der Ausübungsfreiheit auf die Kultusfreiheit reduzieren möchte.

b) Mit souveräner Beiläufigkeit wurde die ebenfalls zunehmend vertretene Position zurückgewiesen, Art. 4 GG unterliege einem Gesetzesvorbehalt, der in Art. 140 GG i.V.m.

8 Vergleiche *J. Habermas*, Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat, in: Taylor, Multikulturalismus (Fn. 7), S. 147(164 ff.); zur Abgrenzungsschwierigkeit s. auch *Britz*, Kulturelle Rechte, (Fn. 7), S. 233 f.

9 So etwa *F. Schoch*, in: Festschrift Hollerbach, 2001, S. 150 (155 ff.); *K.-H. Kästner*, JZ 1998, 974 ff.; *St. Huster*, Neutralität (Fn. 7), S. 376 ff.; *U. Mager*, in: von Münch/Kunig, GG, Band 1, 5. Aufl. 2000, Art. 4 Rn. 33,55. Demgegenüber für das Verständnis von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als ein einheitliches Grundrechts auf Religionsfreiheit, welches alle Spielarten umfasst, zuletzt *H. M. Heinig/M. Morlok*, JZ 2003, 777 (779 f.).

Art. 136 Abs. 1 WRV gesehen wird<sup>10</sup>. Auch das Bundesverwaltungsgericht hatte ja bereits einmal diese Position eingenommen<sup>11</sup>. Stattdessen wird die Religionsfreiheit als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht bezeichnet.

c) Angesprochen werden soll auch die Interpretation, die in der Mehrheitsmeinung Art. 33 Abs. 3 GG gefunden hat. Entgegen der bislang wohl h.M.<sup>12</sup> wurde der Begriff des Bekennnisses in Art. 33 Abs. 3 GG nicht lediglich verstanden als Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft, vielmehr wurde der Bestimmung eine darüber hinausgehende Bedeutung zugeschrieben, die in die Nähe dessen geht, dass »Bekenntnis« ebenso zu verstehen sei wie in Art. 4 GG, nämlich als Äußerung einer religiösen Überzeugung und darüber hinaus überhaupt als Wahrnehmung der Glaubensfreiheit. Das Gericht kleidet dies in die Form, dass Art. 33 Abs. 3 GG auch vor einer Anknüpfung an einem religiös motivierten Verhalten bewahren wolle, welches in den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG falle<sup>13</sup>.

## 2 Der beamtenrechtliche Sonderstatus

Wichtig und über die Kopftuchproblematik hinausgehend sind die Passagen zum Grundrechtschutz im Beamtenverhältnis, im sog. Sonderstatus.

a) Das Sondervotum reduziert den Grundrechtsschutz von Beamten drastisch<sup>14</sup>. Die dafür gegebene Begründung<sup>15</sup> leuchtet im Ansatz ein: Die Handlungsfreiheit der Beamten sei einzuschränken um des Grundrechtsgenusses der Bürger willen. Damit der Bürger Grundrechte genießen kann, darf der Beamte sich eben nicht alles erlauben.

Dieser zutreffende Ansatz wird nach meiner Einschätzung aber maßlos überzogen. Strafgefange genießen – wie allen anderen in einem Sonderstatusverhältnis – Grundrechtsschutz<sup>16</sup> – will man dem Sondervotum folgen, so gilt dies in weitem Maße für Beamte aber nicht. Das kann schwerlich überzeugen. Der im Sondervotum wiederholt gegebene Hinweis auf die Freiwilligkeit des Eintritts in das Beamtenverhältnis<sup>17</sup> kann nicht die gesamte Last tragen, die ihm aufgebürdet wird. Es ist zwar zutreffend, dass eine – gegebenenfalls extravagante – religiöse Überzeugung auch unter dem Grundgesetz nicht davor bewahrt, »Kosten« dieser Überzeugung tragen zu müssen – doch reicht die rechtfertigende Kraft der Freiwilligkeit auch in einem Bereich aus, in dem wie im Falle der Lehrer die überwiegende Zahl der Berufspositionen im staatlichen Beamtenverhältnis steht?

Die Funktionserfordernisse des öffentlichen Amtes rechtfertigen in der Tat als Dienstpflichten konkretisierte Einschränkungen der Grundrechte des Beamten. Allein, unter der Prämisse, dass Beamte grundsätzlich auch Grundrechte genießen, wie vom Sondervotum ja

10 So etwa *W. Bock*, AÖR 123 (1998), 444 (462 ff.); *K. H. Kästner*, JZ 1998, 974 (982); *M. Heckel*, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, 2001, S. 374 (408); *F. Schoch* (Fn.9), S. 165 ff.

11 BVerfGE 112, 227 ff.

12 *G. Lübbe-Wolff*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2 1998, Art. 33, Rn. 52; *M. Sachs*, *Verfassungsrecht II*, Grundrechte, 2. Aufl. 2003, S. 501 f.; *Ph. Kunig*, in: *von Münch/Kunig*, GGK, Bd. II, 5. Aufl. 2001, Art. 33 RN 35.

13 BVerfGE NJW 2003, 3111 (3112); siehe bereits BVerfGE 79, 69 (75); s. weiter etwa *M. Morlok/J. Krüper*, NJW 2003, 1020 f.; *D. Zacharias*, KuR 2003, 115 (117 ff.); *H. D. Jarass/B. Pieroth*, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 6. Aufl. 2002, Art. 33 RN 24.

14 BVerfGE NJW 2003, 3111, abweichende Meinung 3117 (3117).

15 BVerfGE NJW 2003, 3111, abweichende Meinung 3117 (3117).

16 *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, RN 324 ff. Den Durchbruch hat diese Lehre erreicht durch die Strafgefangenenentscheidung BVerfGE 33, 1 (9 ff.).

17 BVerfGE NJW 2003, 3111, abweichende Meinung 3117 (3117).

nicht bestritten wird, ist das Maß des Grundrechtsschutzes der Bürger und damit spiegelbildlich das vom Beamten zufordernde Maß an Einschränkung eigener Grundrechtsbetätigung auch im Hinblick darauf zu bestimmen, dass *beide* Seiten letztlich Grundrechtsträger sind, dass der Beamte zwar eine sehr viel schwächere Grundrechtsposition hat, aber doch nicht gänzlich ohne Grundrechtsschutz auch in seiner Diensttätigkeit ist. Die Rekonstruktion der Problematik des beamtenrechtlichen Sonderstatus in der abweichenden Meinung verzerrt die Abwägungsdiskussion und lässt im praktischen Ergebnis den Grundrechtsschutz von Beamten *en quelque façon nul* werden. Richtigerweise ist bei aller Betonung der dienstlichen Erfordernisse es eben grundrechtlich geboten, diese auch im Lichte der Grundrechte der Beamten zu sehen und somit zu einer Art Wechselwirkungstheorie wie in anderen verfassungsrechtlichen Konfliktslagen auch zu kommen: Es geht um einen angemessenen Ausgleich zwischen den konfigierenden Rechtspositionen im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz.

b) Bei dieser Aufgabe, die Grundrechtsinteressen der Beamten und diejenigen der von einer Staatstätigkeit betroffenen Bürger einander verhältnismäßig zuzuordnen, sind auch die sachlichen Spezifika des jeweiligen Lebensbereichs in den Blick zu nehmen. So darf nicht schlecht hin von »Beamten« die Rede sein, sondern der Bereich der Schule ist wegen der intensiven und extensiven Berührung der Bürger (sprich der Kinder) mit der Staatlichkeit anders zu bewerten als andere Lebensbereiche und also auch Lehrer anders als Beamte, die mit anderen Aufgaben betraut sind.

c) Schließlich ist noch anzusprechen, dass in manchen Sonderstatusverhältnissen eine staatlich definierte Berufsrolle mit identitätswichtigen Elementen der Persönlichkeit der Amtsträger zusammentrifft. Rollentheoretisch lässt sich dies so formulieren, dass es zu Konflikten zwischen den Rollenanforderungen und der Persönlichkeit des Trägers kommt. Die Persönlichkeitsaspekte werden dabei von den Grundrechten geschützt – und müssen sich rechtfertigen gegenüber den funktionalen Diensterfordernissen, die hier in Gestalt der Rollendefinition (in Gestalt von Dienstpflichten) in Erscheinung treten.

Grundsätzlich gibt es drei Möglichkeiten, wie solche Konflikte zwischen Rolle und Persönlichkeit gelöst werden können:

- Die erste besteht darin, dass Zugangsbeschränkungen zu einer Rolle verhindern sollen, dass es überhaupt zu solchen Konflikten kommt. Es wird also eine Selektion im Hinblick auf Persönlichkeitseigenschaften durchgeführt. Rechtlich wird dies insbesondere mit der Figur der »Eignung« gemäß Art. 33 Abs. 2 GG umschrieben. Allerdings ist die Festsetzung von Eignungskriterien nicht völlig frei. Die in Art. 3 Abs. 3 und in Art. 33 Abs. 3 GG genannten Merkmale dürfen im Grundsatz nicht als Eignungskriterien herangezogen werden, nur ausnahmsweise und unter Erfüllung einer besonderen Rechtfertigungslast können diese Eigenschaften, also die religiöse Überzeugung, einen Eignungsmangel begründen. Genau hier liegt der Fall: Ist diese besondere Rechtfertigung gegeben? Kann sie vom Dienstherren exekutivisch gesetzt werden oder ist dafür der Gesetzgeber zuständig?<sup>18</sup>
- Eine andere Technik zur Verminderung solcher Konflikte kann in der Praktizierung von *Rollendistanz* liegen. Damit ist gemeint, dass der Rollenträger das Maß seiner Identifikation mit der Rolle verringert, also nach dem Motto agiert, »Ich hab' hier nur ein Amt und keine Meinung«<sup>19</sup>. Solches Handeln als Funktionsträger, der sein berufliches Tun nach

18 G. Lübbe-Wolff, (Fn. 12) Art. 33 RN 42; M. Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. II, 2000, Art. 33 RN 18.

19 F. Schiller, Wallensteins Tod, 1. Aufzug, 5. Auftritt (Oberst Wrangel).

Kräften von seiner Persönlichkeit zu dissoziieren versucht, ist zwar grundsätzlich geeignet, Konflikte zwischen Berufsrolle und persönlichen Überzeugungen zu reduzieren – nur ist diese Technik im klassischen Beamtenrecht verpönt: Hier gelten deutliche Gebote zur Identifikation mit der Berufsrolle, ich erinnere an das Gebot, sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen und sein Verhalten dienstlich und außerdienstlich an den beruflichen Anforderungen auszurichten, an das Gebot der Mäßigung und anderes mehr<sup>20</sup>. Freilich ist festzustellen, dass in den letzten Jahren sich diese weitgehende Identifikation von Privatperson und Dienstpflichten gelockert hat. Auf Einzelheiten ist hier nicht einzugehen, gibt es in unserem Fall doch eine wichtige Besonderheit: Die Distanzierungstechnik dürfte in Fällen, in denen es um die religiöse Überzeugung geht, versagen. Wer seine Religion ernst nimmt, meint die religiösen Gebote eben ernst und handelt nicht im Beruf relativ leichtherzig gegen diese Gebote, weil es der Beruf oder das Recht eben so fordern.

- Damit bleibt die dritte Möglichkeit der Konfliktreduzierung, nämlich die Lockerung der Rollendefinition. Konflikte zwischen Person und Rolle werden vermieden, wenn eine größere Freiheit zur individuellen Interpretation der Rolle gegeben wird, wenn die Persönlichkeit eines Trägers die Diensttätigkeit stärker einfärben darf, sich in ihr auch ausdrücken kann. Eine solche Lockerung scheint mir durchaus beobachtbar zu sein, früher jedenfalls wäre ein Ohrring bei männlichen Beamten nicht denkbar gewesen<sup>21</sup>. Im Fall eines staatlichen Amtsträgers kommt eine Lockerung der Rollendefinition also durchaus in Frage, und zwar auch ohne dass die dem Staat obliegenden Pflichten zur Neutralität damit zwangsläufig beeinträchtigt werden müssten. Im dem Maße, in dem nämlich – so etwa bei der Beachtung von Bekleidungstraditionen – die wahrnehmbare Eigenart des Beamten oder der Beamtin ihm oder ihr zugerechnet wird und eben nicht dem Staat: »Es handelt sich offensichtlich um das Kopftuch der Lehrerin als Person, nicht um das Kopftuch der Schule«<sup>22</sup>.

In unserem Fall geht es also darum, ob es tatsächlich notwendig wird, im Unterricht keine Zeichen der Religionszugehörigkeit der Lehrer sichtbar werden zu lassen.

### 3 Religiös-weltanschauliche Neutralität

Entscheidenden Stellenwert in der Kontroverse um das Kopftuch von Lehrerinnen hat das Gebot der staatlichen Neutralität. Allerdings ist dessen Bedeutung nicht vollständig geklärt. Auch ist festzuhalten, dass »Neutralität« kein unmittelbarer Begriff der Verfassung ist, sondern lediglich ein solcher der Dogmatik<sup>23</sup>. Als einigermaßen gesichert gelten kann, dass das Gebot zur Neutralität ein Verbot enthält, den Staat und religiöse Organisationen institutionell miteinander zu verflechten<sup>24</sup>. Dieser Aspekt spielt hier keine Rolle.

Ein zweiter Bedeutungsinhalt wird umschrieben mit der Vokabel vom »Identifikationsverbot«<sup>25</sup>. Der Staat darf sich nicht den Anschein geben, als nehme er die Sache einer Religion wahr, als stelle er sich auf den Standpunkt einer Religion, als befürworte er eine bestimmte

20 Vgl. dazu nur die § 35 ff. BRRG.

21 Zur Billigung z.B. BVerwG, NJW 1999, 1985 ff.

22 St. Huster, Warum die Lehrerin (k)ein Kopftuch tragen darf, in: Festschrift D. Th. Tsatsos, 2003, S. 215 (220 f.).

23 In dieser Richtung G. Britz, Kulturelle Rechte (Fn.7) S. 233.

24 Dazu etwa M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. 3, 2000, Art. 140 RN 35; H. Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 177.

25 Begriffsprägend H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 160 ff.

Religion. Diese Bedeutung von Neutralität ist hier angesprochen: Macht sich der Staat die religiöse Überzeugung der Lehrerin, die ein Kopftuch trägt, zu eigen? Müssen die Schüler davon ausgehen, dass die demonstrierte religiöse Überzeugung vom Staat geteilt oder jedenfalls geschätzt wird?

Diese Bedeutung der Neutralität ist hier zwar angesprochen, aber nur mit begrenztem Gewicht. Der Identifikationsgehalt der Kleidung eines Lehrers im Hinblick auf den Staat ist nur beschränkt, weil offensichtlich ist, dass das Kopftuch eher der Lehrerin als der Schule zuzuordnen ist. Die Zurechnung zur Person der Lehrerin ist stärker und sinnfälliger als zur Schule und zum organisierenden Staat. Gleichwohl ist nur schlecht zu bestreiten, dass ein solcher Identifikationsanschein in einem bestimmten Ausmaß gesetzt wird.

Jedoch: Der Unterschied zum von der Schulverwaltung selbst aufgehängten Kreuz an der Wand des Klassenzimmers ist erheblich. Hier wird unmittelbar der Staat – auch in seiner Abstraktheit, ohne Zwischenschaltung durch eine konkret greifbare Person – tätig. Dieses religiöse Symbol, das als solches auch einen anderen Status hat als das auch religionsneutral interpretierbare Kopftuch<sup>26</sup>, ist sehr viel eindeutiger dem Staat zuzurechnen und auch als Äußerung einer Glaubensüberzeugung zu sehen. Die Kopftuchkonstellation ist insofern grundlegend anders als diejenige des Kreuzes im Klassenraum<sup>27</sup>. Die geäußerte Kritik der Minderheitsgruppierung der Richter<sup>28</sup> überzeugt insofern nicht. Die Entscheidung des Senats entspricht nicht derjenigen des ersten Senats zum Kreuz im Klassenzimmer<sup>29</sup>. Demgemäß war auch nicht nach § 16 Abs. 1 BVerfGG das Plenum des Gerichtes anzurufen.

Schließlich ist eine freiheitsrechtlich aufgeladene Bedeutung der Neutralität anzuführen, die darin besteht, dass eine staatliche Entscheidung nicht an Merkmalen anknüpfen darf, die im Schutzbereich von Art. 4 GG liegen, staatliche Entscheidungen haben also religionsblind zu ergehen. Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV bringt dies ebenfalls zum Ausdruck. Dies bedeutet nicht – und hier folge ich *Stefan Huster* – dass staatliche Entscheidungen keine Auswirkungen auf die Anhänger einer bestimmten Religion haben dürfen, sie dürfen aber nicht um solcher Auswirkungen willen ergehen, gefordert ist also eine »religionsneutrale« Rechtfertigung freiheitseinschränkender Maßnahmen<sup>30</sup>.

#### 4 Vorbehalt des Gesetzes

Die wichtigste Rolle in der Begründung der Mehrheitsmeinung spielt der Vorbehalt einer gesetzlichen und damit einer parlamentarischen Entscheidung. Dieses Bestehen auf dem Gesetzesvorbehalt ist zunächst dogmatisch richtig. Bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten besteht sonst die Gefahr, dass die Exekutive in eine freie »Werteschaukelei« bei der Zuordnung der rivalisierenden Rechtsgüter eintritt. Zu Recht wurde deswegen eine gesetzliche Grundlage angemahnt. Diese Anrufung des Gesetzgebers ist deswegen wichtig, weil es bei der Abwägungsentscheidung zwischen den rivalisierenden Rechtsgütern um die Herstellung praktischer Konkordanz geht. Dies bedeutet, dass nicht schlichtweg einem der Rechtsgüter der Vorrang zugesprochen wird, sondern dass vielmehr das relative (!) Gewicht der konkurrierenden Rechte von verschiedenen Faktoren abhängt, wesentlich vom eigenen Erfüllungs-

26 Wie auch das BVerfG feststellte, NJW 2003, 311 (314).

27 BVerfGE 93,1 ff.

28 BVerfG NJW 2003, 3117 (3120).

29 BVerfGE 93,1 ff.

30 *Huster*, Neutralität (Fn. 7) S. 98 ff.

grad und vom Erfüllungsgrad der konkurrierenden Rechte<sup>31</sup>. Es stellt sich also die Aufgabe, bedingte Vorrangrelationen herzustellen. Jedenfalls wenn – wie im gegebenen Fall (s. o. II. 1.) – gleich mehrere Rechte miteinander konkurrieren, so ist diese Aufgabe nicht in genau einer Weise lösbar, vielmehr wird es mehrere plausible und vertretbare Lösungen geben, dies umso mehr, als auch einige tatsächliche Ungewissheiten bestehen, sowohl über die Wirkung des Kopftuches als auch über die Wirksamkeit unterschiedlicher Strategien zur Integration unterschiedlicher Überzeugungen in ein freiheitliches Gemeinwesen. Gerade in einer Situation solch relativer Offenheit ist es Sache des Gesetzgebers, die Schranken der widerstreitenden Rechte selbst zu bestimmen<sup>32</sup>. Es handelt sich also um alles andere als eine determinierte Entscheidung, vielmehr geht es um eine relativ ungebundene Zuordnung der konkurrierenden Rechtsgüter. Mangels hinreichender rechtlicher und tatsächlicher Entscheidungsvorgaben spielen zwangsläufig auch »politische« Grundkonzeptionen für die Gestaltung des sozialen Zusammenlebens eine Rolle.

Solche Akte relativ freier Bewertung und Gewichtung haben im weiteren Sinne politischen Charakter und sind von der – politisch gewählten – Volksvertretung zu treffen. Damit ist auch verbunden, dass wechselnde Mehrheiten die konkurrierenden Rechtsgüter unterschiedlich hoch einschätzen und zu anderen Ergebnissen kommen können. Angesichts dessen nimmt es doch Wunder, dass gerade die immer wieder als problematisch empfundenen Abwägungsentcheidungen so stark auf die Richterbank geschoben wurden und nicht ins Parlament.

An der Gebotenheit einer Entscheidung des Gesetzgebers ändert auch die Tatsache nichts, dass es sich hier um die Beschränkung der Religionsfreiheit der Lehrerin durch eine sogenannte verfassungsimmanente Schranke handelt. Das Sondervotum verkennt, worum es bei der Konkretisierung einer verfassungsimmanenten Schranke geht<sup>33</sup>. Dort wird davon ausgegangen, es gehe lediglich um die deklaratorische Nachzeichnung einer sich unmittelbar aus der Verfassung ergebenden Beschränkung. Tatsächlich aber gibt es bei der Herstellung (!) praktischer Konkordanz Entscheidungsspielräume, unterschiedliche Gewichtungsmöglichkeiten bestehen, auch Prognosen über die Wirksamkeit verschiedener Regelungsmuster spielen eine Rolle<sup>34</sup>. Die Kopftuchfrage kennt eben nicht nur genau eine verfassungsrechtlich richtige Lösung.

Auch der Vergleich mit der Strenge des Parlamentsvorbehalts in anderen Bereichen des Schulrechts spricht für eine Regelung durch den Gesetzgeber. Die Kopftuchfrage ist nicht weniger wichtig als der Sexualkundeunterricht, man denke ja an die impliziten gesellschaftspolitischen Fragestellungen, und deswegen sollte er in die Verantwortung des Gesetzgebers gelegt werden. Dieser hat dann die Möglichkeit, die schulpolitische Konzeption, die er nach Art. 7 Art. 1 GG setzen darf, im Hinblick auf die genannte Pluralitätsproblematik zu entwickeln, konkret auch in Gestalt einer schärferen Definition der Berufsrolle des Lehrers.

31 Vergleiche dazu *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 143 ff.; *N. Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1998, S. 126 ff.

32 Siehe BVerfGE 83, 130 (142), wonach eine Pflicht für den Gesetzgeber bestehe, die Abgrenzung der Grundrechte selbst zu treffen, zumal wenn die Grenzen fließend und nur schwer auszumachen seien.

33 BVerfG, NJW 2003, 3111 ff., abweichende Meinung 3117 (3121).

34 Vergleiche *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 317 ff., auch mit dem Hinweis auf die aus solchen Ungewissheiten sich ergebenden Grenzen richterlicher Nachprüfung der gesetzgeberisch getroffenen Zuordnung der unterschiedlichen Rechtsgüter.

Eine gesetzliche Regelung der Frage kann dann durchaus auch offen sein für Einzelfallentscheidungen. Ein Land kann gesetzlich eine Grundlinie statuieren, sollte aber die Möglichkeit zu Ausnahmen in einem besonders gelagerten Einzelfall offen halten.

## V Elemente eines Resümeees

### 1 Zum Sondervotum

Das Sondervotum ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert. Einmal wegen seiner Rigidität in der Beschneidung der Grundrechtspositionen der Lehrer, die praktisch wegdefiniert werden. Zum anderen ist es auch auffällig im Hinblick auf den Stil, in dem es verfasst wurde. Es ist von einer gewissen Länglichkeit, zugleich aber auch von großer Apodiktizität, man ist fast versucht, von einem ruppigen Ton zu sprechen.

### 2 Notwendigkeit eines Gesetzes

Die Notwendigkeit, die Grundlage zum Ausschluss von Kopftuchträgerinnen aus dem Lehrerberuf in ein Gesetz legen zu müssen, zwingt dazu, in Ansehung der rechtlichen wie auch der tatsächlichen Problematik und unter politischer Auseinandersetzung mit den verschiedenen Kräften die Definition der Berufsrolle des Lehrers und der Aufgabe der Schule vorzunehmen. Es dürfte zu einer verstärkten Zuwendung zu diesen Fragenkreisen führen und verspricht jedenfalls ex ante einen gewissen Fortschritt in der Durchdringung dieser Materien, zumal hier tatsächlich vieles im Unklaren ist, auch im Bereich unserer Zielvorstellungen ist größere Klarheit wünschenswert. Für solche Fragen ist auch der Hinweis der Mehrheitsmeinung<sup>35</sup> wichtig, dass der Parlamentsvorbehalt nicht zuletzt auch den Sinn habe, die Entscheidung zwischen miteinander rivalisierenden Verfassungspositionen unter öffentlicher Beobachtung und auch unter öffentlicher Anteilnahme und Einflussnahme zu treffen – und nicht lediglich im richterlichen Beratungszimmer.

### 3 Gleichbehandlung aller Religionen

Wenn eine solche gesetzliche Regelung getroffen wird, ist sie aber auf das auch religionsrechtliche Prinzip der Gleichbehandlung, häufig Parität genannt, verpflichtet<sup>36</sup>. Nur muslimische Zeichen der Religionszugehörigkeit aus dem Klassenzimmer zu verbannen, ist mit der Verfassung nicht zu vereinbaren. Wenn hier ein Identifikationsverbot für die Lehrer aufgestellt wird, muss es für alle Religionen in gleicher Weise gelten.

### 4 Wende im Verhältnis zwischen BVerfG und Gesetzgeber

Über den Anlassfall hinausgehend ist zu fragen, ob die Aktivierung des Gesetzgebers eine Wende hinsichtlich des Verhältnisses des Bundesverfassungsgerichts und des parlamentarischen Gesetzgebers bedeutet. Wird künftig auch in anderen Fällen die Rolle des Gerichts enger gesehen werden, sind künftig mehr Abwägungsfragen vom Gesetzgeber zu entscheiden. In der Akzentuierung der Aufgabe des Gesetzgebers liegt vielleicht die wichtigste Bedeutung der Entscheidung.

35 BVerfG NJW 2003, 3111 (3116).

36 So auch die Mehrheitsmeinung BVerfG NJW 2003, 3111 (3116).

## 5 Offenheit der Entscheidung des Gesetzgebers

In der Sache selbst hat das Gericht einen Entscheidungs- und vorgängig einen Argumentationsraum für den Gesetzgeber offen gelassen. Für diesen skizziert das Gericht beispielhaft zwei entgegengesetzte Argumentationslinien. So mag die verstärkte religiöse Pluralisierung Anlass für eine forcierte staatliche Neutralität sein, oder auch Anlass für eine stärkere Öffnung für den Ausdruck unterschiedlicher religiöser Überzeugungen auch in der Schule zum Zwecke der Wahrnehmung von Verschiedenheit und das Einüben von Toleranz ihr gegenüber<sup>37</sup>. Es wird also substantiiert vorgeführt, wie unterschiedliche gesetzliche Regelungen begründet werden können.

Diese Betonung der Offenheit der Entscheidung des Gesetzgebers ist durchaus begrüßenswert. Offensichtlich schwierige Fragen sollten nicht eine Antwort finden, die so oder auch entgegengesetzt ausfallen mag, die dann aber verfassungsrechtlich festgeklopft und damit politisch immobilisiert wird. Gerade in solch schwierigen Fragen sollte die Lernfähigkeit unserer institutionellen Ordnung erhalten werden, sollte die Unzulänglichkeit eines Lösungsversuchs, sollten veränderte Umstände oder neue Erkenntnisse über die Anmeldung im politischen Prozess schneller Gehör finden können als auf dem schwierigen und stark verbarrikadierten Weg zu einer Änderung der Rechtsprechung.

## 6 Warnung vor einer Übergeneralisierung

Schließlich ist vor einer Übergeneralisierung der Entscheidung zu warnen. Religion ist eine besondere Materie, nicht umsonst ist das Grundrecht der Religionsfreiheit so stark wie wenige andere im Grundgesetz. Religiöse Fragen sind einerseits wahrheitsunfähig, andererseits aber auch durch wenig Kompromissbereitschaft der Anhänger ausgezeichnet. Aus einem Konflikt mit religiösen Gehalt kann nur begrenzt etwas für andere Ordnungsprobleme gelernt werden.

Ähnliches trifft für die Schule zu, auch dies ist ein Raum, der durch besondere Umstände geprägt ist und andere Lösungen verdient als anders strukturierte Lebensbereiche. Der Kopftuchstreit und seine Lösung oder die unterschiedlichen vom Landesgesetzgeber zu findenden Lösungen stellen nicht ein Muster zur Bearbeitung aller interreligiösen und interkulturellen Konflikte dar, aber immerhin ein beachtliches Beispiel. Es bleibt zu hoffen, dass es als Reaktion auf das auch religiöse Symbol des Kopftuches nicht nur zu symbolischer Politik kommt.

Verf.: Prof. Dr. Martin Morlok, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Juristische Fakultät der Heinrich-Heine Universität Düsseldorf, Universitätsstraße 1, Geb. 24.91., 40225 Düsseldorf  
Tel. 0211-81-15351, Fax 0211-81-11460, E-Mail: ls.morlok@uni-duesseldorf.de

37 Siehe BVerfG NJW 2003, 3111 (3115 f.).