

**Herausgeber: Deutscher Juristinnenbund e. V.**

**Präsidium:** Prof. Dr. Maria Wersig, Hochschullehrerin, Dortmund (Präsidentin); Oriana Corzilius, Bundesbankräatin, Frankfurt am Main; Claudia Zimmermann-Schwartz, Ministerialdirigentin a.D., Düsseldorf (Vizepräsidentinnen); Petra Lorenz, Regierungsdirektorin i.R., Sinzheim (Schatzmeisterin); **Schriftleitung:** Anke Gimbal, Rechtsassessorin, Geschäftsführerin Deutscher Juristinnenbund e.V., Berlin.

DOI: 10.5771/1866-377X-2018-1-1

## Kein Kopftuch auf der Richterbank\*

**Marion Eckertz-Höfer**

Vorsitzende der Kommission Verfassungsrecht, Öffentliches Recht, Gleichstellung, Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts i.R., Leipzig

Hinsichtlich der denkbaren Grundrechtseingriffe (Art. 12 Abs. 1 oder Art. 33 Abs. 2 und 3, jeweils i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) ist die entscheidende Frage, ob sich diese rechtfertigen lassen. Da die durch Art. 4 GG verbürgte Glaubensfreiheit vorbehaltlos gewährleistet ist, müssen sich bei ihr Einschränkungen aus der Verfassung selbst ergeben. Hierzu zählen die Grundrechte Dritter sowie Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang.<sup>1</sup> Rechtfertigungsgründe dieses Gewichts würden auch Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 2 GG legitimieren.

### **Staatliche Neutralitätspflicht und Justiz**

Ein zur Rechtfertigung geeignetes Gemeinschaftsgut von Verfassungsrang ist die Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität (Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Art. 33 Abs. 3 sowie Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG).<sup>2</sup> Diese hat im Bereich der Justiz einen besonderen Stellenwert. Das BVerfG führt hierzu aus: „Das Grundgesetz gewährleistet den Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens, vor einem unabhängigen und unparteiischen Richter zu stehen, der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber allen Verfahrensbeteiligten und dem Verfahrensgegenstand bietet (...). Neben der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit des Richters (Art. 97 Abs. 1 und 2 GG) ist es wesentliches Kennzeichen der Rechtsprechung im Sinne des Grundgesetzes, dass die richterliche Tätigkeit von einem „nicht beteiligten Dritten“ ausgeübt wird (...). Diese Vorstellung von neutraler Amtsführung ist mit den Be-

griffen „Richter“ und „Gericht“ untrennbar verknüpft (...). Die richterliche Tätigkeit erfordert daher unbedingte Neutralität gegenüber den Verfahrensbeteiligten (...). Das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährt deshalb nicht nur einen Anspruch auf den sich aus dem Gerichtsverfassungsgesetz, den Prozessordnungen sowie den Geschäftsverteilungs- und Besetzungsregelungen des Gerichts ergebenden Richter (...), sondern garantiert auch, dass der Betroffene nicht vor einem Richter steht, der aufgrund persönlicher oder sachlicher Beziehungen zu den Verfahrensbeteiligten oder zum Streitgegenstand die gebotene Neutralität vermissen lässt (...). Dieses Verlangen nach Unvoreingenommenheit und Neutralität des Richters ist zugleich ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit (...).“<sup>3</sup>

Die Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität wirkt sich somit in der Justiz anders aus als in staatlichen Schulen. Der Staat tritt durch die Justiz als Träger ursprünglicher und nicht auswechselbarer staatlicher Hoheitsfunktionen auf. Anders im Schulwesen: Dieses ist vom Staat organisiert und seiner Leitung unterstellt, aber es geht bei ihm nicht um ursprüngliche staatliche Hoheitsfunktionen.<sup>4</sup> Ein Beleg dafür ist, dass eine Privatisierung von Gerichten anders als von Schulen nicht möglich wäre, ohne sie in ihrem Kern zu verändern.

\* Aus einem längeren Text, für dessen Abdruck hier der Platz fehlt, werden nur die aus Sicht der Autorin wichtigsten Gründe für das hessische Verbot abgedruckt, als Rechtsreferendarin (oder Richterin) bei hoheitlichen Handlungen ein religiös motiviertes Kopftuch zu tragen.

1 Seit BVerfGE 28, 243, S. 260 f. stRspr.

2 Vgl. u.a. BVerfGE 19, S.1 (8); 19, S. 206 (216); 24, S. 236 (246); 30, S. 415 (422); 93, S. 1 (17); 108, S. 282 (299f.)

3 BVerfG vom 27.6.2017, Az. 2 BvR 1333/17, Rn. 49 m.w.N.

4 Unterscheidung nach Böckenförde, Kreuze (Kruzifixe) in Gerichtssälen?, ZevKR 20 (1975), S. 119 (131).

## Akzeptanz als Bedingung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege

Die Pflicht des Staates zur Neutralität ist im Bereich der Judikative auf das Engste mit der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege verknüpft. Das BVerfG sieht die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege in ihren unterschiedlichsten Ausprägungen als Teil des Rechtsstaatsprinzips und damit als Gemeinwohlbelang von großer Bedeutung.<sup>5</sup> Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege hängt in einem erheblichen Ausmaß von der Akzeptanz durch die Verfahrensbeteiligten ab. Ohne eine grundsätzliche Akzeptanz auch des Rechtsverfahrens und des justiziellen Personals – unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits – ist Rechtsfrieden im Kern nicht vorstellbar.<sup>6</sup> Akzeptanz ist ein Grundbegriff der soziologischen Gesellschaftsanalyse. Er erschöpft sich nicht in äußerer Verhaltenskonformität, sondern ist so etwas wie die subjektive Seite der Legitimität und kann als Gegenstück zur Empörung, also zur subjektiven Kehrseite der Legitimität begriffen werden.<sup>7</sup> Akzeptanz meint ein sozial wahrnehmbares und zugleich mentales Faktum. Es geht dabei um die Einsicht, dass das Funktionieren eines jeden Rechtssystems weniger von der Zwangswirkung des Rechts als von der Rechtsgesinnung der Bevölkerung abhängt.<sup>8</sup>

Unter systemtheoretischer Fragestellung beschreibt vor allem Niklas Luhmann die Rolle des Richters in dem Prozess der erwünschten grundsätzlichen (kontrafaktischen) Akzeptanz des Rechtssystems durch die Betroffenen.<sup>9</sup> Der Richter könne und solle als Fremder entscheiden. Er müsse von der Rücksicht auf seine anderen Rollen in der Gesellschaft entlastet werden. Rollen, die ihn „als Angehörigen einer bestimmten Familie oder Gesellschaftsschicht, einer Kirche oder Sekte, einer Partei, eines Clubs, eines Wohnbezirks usw. zu bestimmten Entscheidungen motivieren könnten“. Sei „diese Entlastung als Pflicht zu objektivem, sachlichem, Gleches gleich behandelndem, unparteiischen Urteil institutionalisiert, werden die partikularen Beziehungen zur Person des Entscheidenden neutralisiert.“ Zum mindest dienen „sie nicht mehr der Formung der legitimen Ansprüche und Erwartungen; der Entscheidende kann nicht mehr als Chorbruder, Veteran, Nachbar angesprochen oder auf dem Tauschwege beeinflusst werden, sondern nur noch durch Übernahme einer Rolle im Verfahren selbst.“ Jede andere Einwirkung werde als Korruption diskreditiert. Auch die Kritik am Verfahren und an den Entscheidungen des Richters könne sich nicht auf Rollenbindungen außerhalb des Verfahrens stützen. Besonders dem Richter obliege es, „dafür zu sorgen, dass alle Beteiligten auch für schwierige, riskante, peinliche, herzzerreißende Kommunikation einen sicheren Verhaltensrahmen besitzen, dass sie nicht abgelenkt oder nicht irritiert werden, sondern in Ruhe eine gute (eine nach den Maßstäben des Verfahrens gute!) Leistung vollbringen.“ Richter stünden unter dem Schutz legitimer Unpersönlichkeit. Ein Richter solle keine persönlichen Gefühle und Beziehungen, Einstellungen oder Informationen in das Verfahren hineinziehen; er solle dem Verfahren seinen Charakter als nur durch das Gesetz regiertes Sozialsystem belassen.

Diese Analyse unterstützt die Auffassung, dass es für die Justiz hinsichtlich Neutralität und Vertrauen um mehr geht als darum, ob die einzelne Richterin am Ende *lege artis* ent-

scheidet – was ohne Weiteres unterstellt werden darf – und ob sie selbst zuvor ihre „Distanz und Neutralität zur konkreten Rechtsfrage“ ausreichend geprüft hat.<sup>10</sup> Es geht hier auch nicht um etwas, was dem Staat nicht zugerechnet werden kann. Die in den Kopftuchentscheidungen I und II vom BVerfG aufgeworfene und verneinte Frage, ob sich der Staat eine mit dem Tragen eines Kopftuchs verbundene religiöse Aussage einer einzelnen Lehrerin zurechnen lassen muss,<sup>11</sup> ist jedenfalls für das Gerichtsverfahren anders zu beantworten. Denn schon aus der vorgeschriebenen Amtstracht ergibt sich, dass es dem Staat sogar in besonderer Weise auf die von seinen Amtsträger\*innen *coram publico* getragene Kleidung ankommt, er das „Bühnengeschehen“ im Gerichtssaal auch insoweit bestimmen will.

## Vertrauen in die richterliche Unabhängigkeit

Mehr noch als die Richterin erleben die Verfahrensbeteiligten die mündliche Verhandlung auch als eine Art „Schauspiel“. Eine Kopftuchtragende Richterin vermag sie hierbei vom eigentlichen Verfahrensgegenstand abzulenken und zu irritieren. Überlegungen zu der auf diese Weise zur Schau gestellten Religion liegen da nahe. Immerhin ist die islamische Religion und das, was unterschiedliche Anhänger\*innen daraus machen, derzeit Gegenstand intensivster – teils richtiger, teils unrichtiger – Berichterstattung in den Medien. Wer gehört hat, dass die islamische Scharia den Gläubigen Vorschriften nicht nur für den religiösen, sondern auch für den gesellschaftlichen und juristischen Bereich macht, den wird möglicherweise deren Verhältnis zur richterlichen Bindung an Recht und Gesetz beunruhigen. Ein aus Sicht der betroffenen Richterin – die mit der Offenheit und Flexibilität ihres Islam gelernt hat umzugehen – vermutlich absurder Zweifel. Aus Sicht von Verfahrensbeteiligten? Diese erfahren aus den Medien, dass Meinungsfreiheit z.B. bzgl. Religionskritik, Apostasie,<sup>12</sup> das Verhältnis zu Juden und „Ungläubigen“,<sup>13</sup> Homosexualität, auch Frauenrechte im Sinne des Grundgesetzes unter der Scharia durchaus zweifelhaft sein können. Dass Zwangsehen nicht geächtet sind. Wie Nilüfer Göle auf der Grundlage ihrer interessanten Feldstudien beschreibt, steht das Kopftuch im Gegensatz zum

5 Vgl. u.a. BVerfGE 66, S. 337 Rn. 60; 87, S. 287 Rn. 112; 106, S. 28 Rn. 60; 119, 309 Rn. 44; 141, S. 121 Rn. 44; BVerfGK 13, S. 354 Rn. 41.

6 Vgl. Benda, Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, DÖV 1983, S. 305 ff.; Limbach, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: dies., Im Namen des Volkes, 1999, S. 165 ff.

7 Limbach (Fn. 6), S. 172 ff. unter Hinweis auf Pichler/Giese, Rechtsakzeptanz, Wien 1993.

8 Limbach (Fn. 6), S. 175; ähnlich Hörnle, Warum Vertrauen in die Neutralität der Justiz ein schützenswertes Verfassungsgut ist, BDVR 2017, 12-13.

9 Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1983 (1978), S. 32 ff., 64 ff., 86 f., 96 f.– dort auch zum Folgenden.

10 So aber (in eigener Sache) Sandhu, Der „Anschein der Neutralität“ als schützenswertes Verfassungsgut?, BDVR 2017, S. 9 (10); vergleichbar Mangold, Justicias Dresscode, S. 10 f. (Vortragsmanuskript vom 30. Juni 2017, HU Berlin).

11 BVerfGE 93, 1 Rn. 54; 138, 296 Rn. 104 – kritisch dazu Volkmann, Dimensionen des Kopftuchstreits, Jura 2015, S. 1083 (1085).

12 Für die in Teilen der Hadith-Literatur die Todesstrafe legitimiert wird – immer wieder ein Thema in Asylrechtsstreitigkeiten.

13 Vgl. Suren 2, 62; 2, 285; 5, 51; 21, 107; 30, 30; 112, 1-4, und die Erläuterungen dazu in den Beiträgen in: Steul (Hg.), Koran erklärt, 2017.

emanzipatorischen Feminismus (westlicher Prägung) und ist dabei ein Zeichen für eine geschützte und kontrollierte Sexualität, für Keuschheit und Unterwerfung, für einen Respekt vor den religiösen Kodifizierungen des Alltagsverhaltens und der Interaktionen mit Männern.<sup>14</sup> Solchen Konnotationen in einem Gerichtsverfahren keinen Raum geben zu wollen, erscheint legitim. Allerdings darf der Staat selbstverständlich nicht daran mitwirken, dass sich in der Bevölkerung vorhandene Vorurteile durchsetzen. Er hat vielmehr den Auftrag, solchen Vorurteilen entgegen zu wirken. Aber es ist genauso angemessen, das genuin staatliche Handeln mit solchen in einen anderen Kontext gehörenden Fragen nicht zu befrachten.

Zudem enthält das Kopftuch – ob gewollt oder nicht – auch die Botschaft der Abgrenzung von der Mehrheitsgesellschaft.<sup>15</sup> Dies im Sinne eines Paradoxons: Ursprünglich dazu gedacht, weibliche Körperteile den Blicken von Fremden zu entziehen, zieht es diese Blicke in einem gerichtlichen Umfeld nunmehr geradezu an. Was wiederum eine der beabsichtigten Wirkungen der richterlichen Amtstracht<sup>16</sup> konterkariert, nämlich die Person des Richters oder der Richterin hinter ihrer Funktion verschwinden zu lassen. Die Auffälligkeit des Kopftuchs macht es den Verfahrensbeteiligten zudem schwer, es gedanklich nicht einordnen zu wollen. Es geht bei den Verfahrensbeteiligten – Parteien, Angeklagte, Zeug\*innen – typischerweise um Menschen, die kaum mehr als ein einziges Mal in ihrem Leben Erfahrungen mit hoheitlichen Handlungen in einem Gericht machen. Sie kommen mit all ihren Ängsten und beobachten misstrauisch in der mündlichen Verhandlung, wie ihrem Anliegen begegnet wird. Für das Tragen eines Kopftuches werden sie fallabhängig oder sozialisationsabhängig mehr oder weniger oder kein Verständnis haben. Wenn der Staat es als seine Aufgabe ansieht, das gerichtliche Verfahren um der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege willen von solchen Irritationen frei zu halten, verfolgt er damit ein verfassungslegitimes Ziel. Da es gerade nicht um reale Befangenheit oder Voreingenommenheit von Richterinnen geht, kann es auf die

prozessualen Möglichkeiten der Ablehnung wegen Befangenheit in diesem Zusammenhang nicht ankommen.

Es geht, auch wenn das etwas hoch gegriffen scheint, um „Handlungsbedingungen für die Justiz in normativ egalitären, demokratischen Staaten“.<sup>17</sup> Die Wahrung des Vertrauens in die richterliche Unabhängigkeit (§ 39 DRiG) steht mit den Bedürfnissen von Richter\*innen nach religiöser Selbstverwirklichung regelmäßig nur dann in Einklang, wenn solche Grenzen der richterlichen Selbstdarstellung im Verfahren nicht überschritten werden. Auch wenn es schwer ist, „in quantifizierbarer Weise anzugeben, wieviel Vertrauen erforderlich ist und welches Maß an Misstrauen (das es natürlich immer geben wird) unterhalb einer schädlichen Schwelle bleibt“,<sup>18</sup> ist mit dem „Kopftuch auf der Richterbank“ im heutigen gesamtgesellschaftlichen Kontext die Akzeptanzschwelle überschritten. Die Betonung liegt hierbei auf „heute“. Was in einer Gesellschaft akzeptiert wird und was nicht, unterliegt Wandlungen. Nach der hier vertretenen Auslegung gibt das Grundgesetz feste Grenzen nicht vor. Eine gesellschaftliche Entwicklung ist denkbar, in der diese Frage künftig keine Rolle spielen wird. Aber solange dies noch nicht der Fall ist, obliegt es der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu bestimmen, wo die zwingenden Grenzen allgemeiner Toleranz liegen sollen. In seiner Begrenzung des Verbots auf hoheitliche Handlungen vor Publikum hat der hessische Gesetzgeber hierzu eine verhältnismäßige Lösung gefunden.

14 Göle, Europäischer Islam, 2016, S. 145, 167 f. – Sure 24, 31 scheint die soziologische Deutung zu stützen.

15 Bei Konvertitinnen erleichtert das Kopftuch zudem den Anschluss an die muslimische Minderheit, vgl. Göle (Fn. 14), S. 149.

16 Ob die Amtstracht überhaupt beliebige Ergänzungen erlaubt, sei hier nicht erörtert. Da sie nicht immer eine gesetzliche Grundlage hat, vermag sie aus sich heraus ein Kopftuchverbot kaum zu begründen.

17 Hörnle (Fn. 8).

18 Treffend Hörnle (Fn. 8).

DOI: 10.5771/1866-377X-2018-1-3

## Die Relevanz der „Kopftuchentscheidung vom 27. Juni 2017“ – Ein Praxisbericht aus Hessen

**Noreen von Schwanenflug**

Vorsitzende des djb-Landesverbands Hessen, Rechtsamtsleiterin der Stadt Rüsselsheim am Main

**Dr. Ina Anne Frost, LL.M. (NYU)**

Stellv. Vorsitzende des djb-Landesverbands Hessen, Richterin am LG Frankfurt

**Simone Szczerbak**

Vorstandsmitglied des djb-Landesverbands Hessen, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht der Justus-Liebig-Universität Gießen

### 1. Praktische Relevanz für Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare in Hessen

Die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 2017<sup>1</sup> im vorläufigen Rechtsschutz zum Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen in Hessen wirft die Frage auf, welche praktischen Auswirkungen mit der Entscheidung einhergehen. Dies gilt insbesondere mit Ausblick auf das im Jahr 2018 zu erwartende Urteil des Gerichts. Die Beschwerdeführerin ist seit Januar 2017 Rechtsreferendarin im Land Hessen. Sie legte be-

1 BVerF, NVwZ 2017, S. 1128 (m. Anm. Muckel).