Christian Pfengler, Greifswald*

GreifRecht erklärt: Grenzen des Kopftuchverbots in Schulen und Kitas

Kann der Gesetzgeber es Lehrerinnen verbieten, im Schulunterricht ein Kopftuch zu tragen? Nicht allein im aktuellen politischen Diskurs[1] wird kontrovers über Fragen einer religiös sowie kulturell pluralistischen Gesellschaft gestritten. Auch auf der Ebene des Verfassungsrechts gelangt die Religionsfreiheit vermehrt in den Fokus. Insbesondere dazu hat sich das BVerfG 2003 und 2015 (nicht unbedingt konsistent) hinsichtlich der Zulässigkeit eines Kopftuchverbotes für Lehrerinnen geäußert. Im letzten Jahr hat ein Kammerbeschluss die Rechtsprechungslinie von 2015 in einem ähnlichen Fall bestätigt (I.). Anlass genug, sich die – examensrelevante – Gemengelage widerstreitender Grundrechte und Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang nochmals vor Augen zu führen (II.-III.). Dabei ist zudem ein Blick auf die Folgen für (weitere) landesgesetzliche Verbotsregelungen (V), besonders die teils darin enthaltene Privilegierung zu Gunsten christlich-abendländischer Werte (IV.), zu werfen.

I. Rechtsprechungsentwicklung

In der ersten Entscheidung des BVerfG zum Kopftuchverbot aus dem Jahre 2003[2] äußerte sich der 2. Senat tendenziell positiv zur Möglichkeit eines gesetzlichen, pauschalen Kopftuchverbotes. Zwölf Jahre später entschied hingegen der 1. Senat[3], dass auch ein pauschales Verbot auf gesetzlicher Grundlage verfassungswidrig ist. Kurz darauf beschloss die 2. Kammer des 1. Senates[4], dass Gleiches außerhalb der Schule auch für ein Kopftuchverbot für Erzieherinnen in Kitas gilt.

1. 2003 – Kopftuch I

Der ersten Kopftuch-Entscheidung liegt folgender Sachverhalt[5] zu Grunde: Die Beschwerdeführerin begehrte nach Abschluss ihrer Ausbildung Einstellung in den Schuldienst. Die dazu erforderliche Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe wurde mit der Begründung verweigert, ihr fehle die für das Amt erforderliche Eignung. Begründet wurde diese Einschätzung damit, dass die Beschwerdeführerin nicht bereit sei, auf das Tragen des Kopftuches während des Unterrichts zu verzichten. Denn das Tragen widerspräche u. a. dem Gebot staatlicher Neutralität und würde die Schüler/innen ungebührlich beeinflussen. Die Beschwerdeführerin wandte sich mit der Verfassungsbeschwerde gegen diese Ablehnung und die sie bestätigenden gerichtlichen Urteile.[6]

Der 2. Senat bejaht hier eine Verletzung der Religionsfreiheit.[7] Gehen vom Tragen des Kopftuchs nicht schon konkrete[8], sondern lediglich abstrakte Gefahren für die widerstreitenden Grundrechte (v. a. der Schüler) und Gemeinschaftsgüter von Verfassungsrang aus, dann handelt es sich um ein pauschales Verbot, das eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage bedürfe.[9] Nicht die Behörde, sondern der (Landes-)Gesetzgeber sei berufen zu entscheiden, inwieweit religiöse Bezüge in der Schule Platz haben und die gegensätzlichen Interessen zum Ausgleich zu bringen.[10] Dies ergebe sich aus dem Parlamentsvorbehalt, wonach aufgrund des Demokratie- und Rechtstaatsprinzips der demokratisch legitimierte Gesetzgeber die für die Grundrechtsverwirklichung relevanten Entscheidungen selbst treffen müsse.[11] Das Kopftuchverbot ist hiernach also verfassungswidrig allein deshalb, weil ein hinreichend konkretes Parlamentsgesetz fehlt. Es wird aber recht deutlich darauf hingewiesen, dass ein pauschales Verbot dann verfassungskonform wäre, sollte der Landesgesetzgeber ein solches Gesetz schaffen.[12]

2. 2015 – Kopftuch II

In Folge der ersten Kopftuch-Entscheidung haben einige Landesgesetzgeber den Hinweis des 2. Senats ernst genommen und Gesetze verabschiedet, auf deren Grundlage das Tragen von Kopftüchern auch ohne ausdrücklichen Bezug zu einer konkreten Gefahr – pauschal – erfasst und verboten werden kann.[13] Auch Nordrhein-Westfahlen

* Dipl.-Jur. *Christian Pfengler* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. *Uwe Kischel*) an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald.

1 Vgl. aktuell *Staeck*, Toleranz, nicht Bequemlichkeit, SZ v. 16.12.2016, S. 4; *Janisch*, Kopftuch und Robe vertragen sich nicht, SZ v. 12.12.2016, S. 4.

2 BVerfGE 108, 282 (282 ff.).

3 BVerfGE 138, 296 (296 ff.).

4 BVerfG, NZA 2016, 1522 (1522 ff.).

5 BVerfGE 108, 282 (283 ff.).

6 BVerfGE 108, 282 (289).

7 In Verbindung mit dem Art. 33 Abs. 2 und 3 GG: BVerfGE 108, 282 (294 ff.).

8 Bei konkreten Gefahren dürften die einschlägigen beamtenrechtlichen Landesregelungen ausreichen, vgl. BVerfGE 108, 282 (303, 307); so auch *Reinhard*, Religiöse Kleidung und Neutralität des öffentlichen Dienstes, GreifRecht 2010, 17 (27) und *Sacksofsky*, Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, DVBl. 2015, 801 (806); vgl. zudem *Rusteberg*, Kopftuchverbote als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren, JZ 2015, 637 (642).

9 BVerfGE 108, 282 (303, 307 ff.).

10 BVerfGE 108, 282 (301 ff., 309 ff., 313); Gleiches gilt auch, wenn Beamten allgemein verboten werden soll, religiöse Symbole zu tragen, siehe dazu VG Düsseldorf, Urt. v. 08.11.2013 – 26 K 5907/12, juris Rn. 46; ebenso für Rechtsreferendare VG Augsburg, Urt. v. 30.06.2016 – Au 2 K 15.457, juris Rn. 52.

11 BVerfGE 108, 282 (311).

12 BVerfGE 108, 282 (301 ff., 309 ff., 313); siehe zudem E 138, 296 (363) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*; vgl. *Klein*, Das Kopftuch im Klassenzimmer: konkrete, abstrakte, gefühlte Gefahr?, DÖV 2015, 464 (465 f.); vgl. *Volkmann*, Dimensionen des Kopftuchstreits, Jura 2015, 1083 (1085).

13 Siehe etwa Art. 59 Abs. 2 S. 3 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen in der Fassung der Bekanntmachung

erließ im Schulgesetz eine derartige Regelung[14] mit folgendem Wortlaut:

§ 57 Abs. 4 SchulG NRW

[1]*Lehrerinnen und Lehrer dürfen in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußere Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülerinnen und Schülern sowie Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören.* [2]*Insbesondere ist ein äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Schülerinnen und Schülern oder den Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrerin oder ein Lehrer gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung nach Artikel 3 des Grundgesetzes, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt.* [3]*Die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags nach Artikel 7 und 12 Abs. 6 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen und die entsprechende Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen widerspricht nicht dem Verhaltensgebot nach Satz 1.*

Hierbei stellt der erste Satz ein allgemeines äußerliches Bekundungsverbot auf, das durch den zweiten Satz exemplifiziert wird. Schließlich statuiert der dritte Satz dieser Regelung eine Privilegierung zu Gunsten von christlichen und abendländischen Werten.[15]

Wegen ihrer Weigerung, ihr Kopftuch während des Schulunterrichts abzunehmen, wurden die beiden Beschwerdeführerinnen des zweiten Kopftuchverfahrens arbeitsrechtlich abgemahnt bzw. gekündigt. Die Verfahren hiergegen vor den Arbeitsgerichten blieben erfolglos.[16] Obwohl nunmehr mit § 57 Abs. 4 SchulG NRW eine gesetzlich Grundlage für ein (pauschales) Verbot allein aufgrund abstrakter Gefahren bestand, urteilte der 1. Senat anders, als es nach der Entscheidung des 2. Senats aus dem Jahre 2003 zu erwarten gewesen wäre. Danach dürfe diese Norm nicht derart ausgelegt werden, dass eine abstrakte Gefahr genüge, vielmehr sei für ein Verbot eine hinreichend konkrete Gefahr nötig.[17] Würde hingegen eine abstrakte Gefahr ausreichen, stellte dies einen derartig schweren Eingriff in die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Pädagoginnen dar, dass er sich nicht mehr verfassungsrechtlich rechtfertigen ließe. Ein pauschales, weil sich nur auf abstrakte Gefahren stützendes, Kopftuchverbot ist demnach verfassungswidrig und entsprechende Normen verfassungskonform (enger) auszulegen. Im Unterschied zum ersten Kopftuchurteil scheitert das Verbot aufgrund abstrakter Gefahren nicht an einer fehlenden gesetzlichen Grundlage, sondern an der Verhältnismäßigkeit.[18]

Diese Dissonanzen zwischen den Senaten mag man vor dem Hintergrund einer „berechenbaren Verfassungsrechtsprechung“[19] durchaus kritisch betrachten. Aber war der 2. Senat nicht nach § 16 Abs. 1 BVerfGG sogar zur Anrufung des Plenums verpflichtet gewesen, beabsichtigte er doch von der Rechtsauffassung des 1. Senates abzuweichen? Dies darf zu Recht bezweifelt werden, war doch in der ersten Kopftuchentscheidung ausschlaggebend allein die mangelnde gesetzliche Grundlage für das Verbot, alles Weitere zur Verfassungskonformität einer denkbaren gesetzlichen Regelung des Kopftuchverbots – womit sich die zweite Kopftuchentscheidung beschäftigt – dagegen *obiter dictum*. Daher wich der 1. Senat nicht von den entscheidungsrelevanten Gründen des ersten Kopftuchurteils ab, eine Anrufung des Plenums durfte unterbleiben.[20]

3. 2016 – Kopftuch II und Kitas

Auch das Land Baden-Württemberg hat eine inhaltlich gleichlautende Verbotsregelung in seinem Schulgesetz inkorporiert.[21] Darüber hinaus wurde eine derartige Verbotsregelung auch für Erzieher/innen in Kindertagesstätten getroffen.[22] Die 2. Kammer des 1. Senates entschied im Anschluss an das zweite Kopftuchurteil, dass eine derartige Norm nicht so verstanden werden dürfe, dass ein Verbot allein bei abstrakter Gefahr ergehen darf, sondern vielmehr erst bei einer hinreichend konkreten.[23] Ein pauschales Kopftuchverbot ist also auch in Kitas verfassungswidrig.

II. Konfligierende Rechte und Werte

Wenn nach dem zweiten Kopftuchurteil eine Verbotsnorm nicht so interpretiert werden darf, dass das Kopftuchtragen lediglich aufgrund abstrakter Gefahren für widerstreitende Grundrechte und Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang untersagt werden darf, dann fragt sich, welche

v. 31.05.2000, zuletzt geändert durch Art. 17a Abs. 5 G v. 13.12.2016 und § 86 Abs. 3 S. 2, 3 Hessisches Schulgesetz in der Fassung v. 14.06.2005, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 24.11.2015 (GVBl. S. 118).

14 § 57 Abs. 4 Schulgesetz des Landes Nordrhein-Westfahlen in der Fassung v. 15.02.2005. Dieser Absatz wurde infolge der zweiten Kopftuch-Entscheidung aufgehoben durch Art. 1 Nr. 10 des 12. Schulrechtsänderungsgesetz v. 25.06.2015 (GV. NRW. 2015, Nr. 28 v. 03.07.2015, S. 495 bis 508).

15 Zum einheitlichen Konzept der Regelung siehe BVerfGE 138, 296 (326).

16 Zum Sachverhalt siehe BVerfGE 138, 296 (301 ff., 308 ff.).

17 BVerfGE 138, 296 (327 f.).

18 BVerfGE 138, 296 (327 ff.).

19 BVerfGE 138, 296 (363) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*.

20 So auch *Hong*, Ein Gericht oder zwei Gerichte?, Der Staat 54 (2015), 409 (419 ff.); *Klein* (Fn. 12), DÖV 2015, 464 (465 f.); *Rusteberg* (Fn. 8), JZ 2015, 637 (639 f.), wenngleich für eine restriktivere Auslegung von § 16 BVerfGG plädierend; *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (807); kritisch hingegen: *Franzius*, Vom Kopftuch I zum Kopftuch II, Der Staat 54 (2015), 435 (447 ff.); *Volkmann* (Fn. 12), Jura 2015, 1083 (1090).

21 § 38 Abs. 2 des Schulgesetzes für Baden-Württemberg in der Fassung v. 01.08.1983, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 23.02.2016 (GBl. S. 163); diese ist im Übrigen ebenfalls verfassungskonform nach Maßgabe des zweiten Kopftuchurteils so auszulegen, dass ein Verbot nur bei hinreichend konkreter Gefahr ergehen darf.

22 § 7 Abs. 6 (mittlerweile Abs. 8) des Gesetzes über die Betreuung und Förderung von Kindern in Kindergärten, anderen Tageseinrichtungen und der Kindertagespflege v. 19.03.2009, zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes v. 01.12.2015 (GBl. S. 1040, 1044).

23 BVerfG, NZA 2016, 1522 (1523 f.).

Rechte und Werte hier genau in Konflikt miteinander geraten. Dabei wird vom Verbot ohne Weiteres erkennbar die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG betroffen, aber auch weitere Grundrechte (1.). Von dem Verbot geschützt werden soll insbesondere die negative Glaubensfreiheit der Schüler/innen und Eltern, zudem soll die staatliche Neutralität gewahrt werden (2.).

1. Vom Verbot betroffene Rechte

a) Glaubens- und Bekenntnisfreiheit

Die Beschwerdeführerinnen machten jeweils geltend, das Verbot verletzte sie in ihrem Grundrecht auf Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.[24] Neben der Frage nach der Eröffnung des sachlichen Schutzbereiches stellt sich insbesondere die Frage, ob der personelle Schutzbereich auch für Beamte oder Angestellte des Öffentlichen Dienstes eröffnet ist. Wenn und soweit der Schutzbereich eröffnet ist, muss auch die Intensität des Eingriffes bewertet werden.

aa) Schutzbereich

In ständiger Rechtsprechung geht das BVerfG davon, dass die Abs. 1 und 2 des Art. 4 GG ein einheitliches Grundrecht bilden, das nicht nur das Recht umfasst, (nicht) zu glauben, den Glauben zu bekunden und für ihn zu werben, sondern auch alle Handlungen an den Glaubenssätzen auszurichten. Dabei muss es sich nicht einmal um zwingende Glaubensge- oder -verbote handeln.[25]

Ob ein Glaubenssatz besteht, nach dem eine Handlung (das Kopftuchtragen) ausgerichtet wird, richtet sich in erster Linie nach dem Selbstverständnis der jeweiligen Glaubensgemeinschaft.[26] Damit aber nicht jegliches Verhalten ohne Weiteres dem Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG unterfällt, kann es nicht allein hierauf ankommen, sondern muss der Staat vielmehr prüfen, ob die religiöse Motivation für das Handeln überzeugend begründet wurde.[27]

In den Verfahren vor dem BVerfG gelang die Substantiierung der religiösen Motivation für das Kopftuchtragen jeweils.[28] Dabei war es unerheblich, dass dazu unterschiedliche Ansichten innerhalb des Islams vertreten werden.[29]

Wenn nun auch das Tragen des Kopftuchs dem Schutzbereich gemeinhin unterfallen kann, fragt es sich doch, ob dies auch für Lehrerinnen und Erzieherinnen gilt. Da sie staatliche Aufgaben wahrnehmen und damit in erster Linie Adressaten von Grundrechten sind, ließe sich behaupten, sie können sich in Ausübung dieser Funktion nicht oder nur beschränkt selbst auf diese berufen.[30] Dagegen ließe sich vortragen, dass die Lehre von den besonderen Gewaltverhältnissen sich längst erledigt habe.[31] Dies würde jedoch übersehen, dass sich hier die Pädagogen gewollt[32] in den staatlichen Bereich einbinden und nicht nur eine (ungewollte) rechtliche Sonderbeziehung wie bei den besonderen Gewaltverhältnissen bestünde.[33] Sollen zudem die Grundrechte gerade Distanz zwischen Staat und Gesellschaft schaffen, um staatliche Gewalt zu beschränken, so ist dies gerade innerhalb des Staates nicht gewollt.[34] Aber selbst wenn die Notwendigkeit der Beschränkung von Grundrechten in Sonderstatusverhältnissen anerkannt wird, so führt dies nicht dazu, dass der Schutzbereich der Grundrechte hier von vornherein verengt wird.[35] Die Kollision der Pflichten des Amtswalters mit den individuellen Freiheitsrechten der das Amt ausübenden natürlichen Person ist erst auf der Schrankenebene aufzulösen.[36]

bb) Gewichtung des Eingriffs

Der Eingriff in die Glaubensfreiheit der Beschwerdeführerinnen ist hier deshalb so intensiv, weil das Bedeckungsgebot nach ihrem Empfinden nicht bloß eine religiöse Empfehlung, sondern eine religiöse Pflicht ist.[37] Für das Kopftuchverbot, das verlangt, gegen diese Pflicht zu verstoßen, müssen deshalb besonders gewichtige Gründe sprechen.[38]

---

24 BVerfGE 138, 296 (312, 316); BVerfGE 108, 282 (289).

25 Siehe hierzu BVerfGE 138, 296 (328 f.); E 108, 282 (297) jeweils m. w. N.; siehe hierzu auch *Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 149 ff.; vgl. hierzu auch in Auseinandersetzung mit der Gegenansicht *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (20 f.)

26 BVerfGE 108, 282 (298 f.); zudem ist das Verständnis auch des einzelnen Gläubigen (als Teil der Glaubensgemeinschaft) von Bedeutung, BVerfGE 138, 296 (329).

27 BVerfGE 138, 296 (329); vgl. E 108, 282 (299); zu dieser Problematik siehe *Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980, passim; vgl. auch *von Campenhausen*, Religionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 157 Rn. 94; *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 163 f.; die Ausführung im zweiten Kopftuchurteil kritisierend, im Ergebnis aber zustimmend, *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (803 f.).

28 BVerfG, NZA 2016, 1522 (1524); BVerfGE 138, 296 (330); E 108, 282 (298 f.).

29 BVerfGE 138, 296 (330); sehr kritisch *Tomuschat*, Menschenrechte und kulturelle Tradition, EuGRZ 2016, 6 (10) und u. a. dem Kopftuchtragen eine Tradition in muslimischen Religionsgemeinschaften absprechend; *Ladeur*, Das islamische Kopftuch in der christlichen Gemeinschaftsschule, JZ 2015, 633 (633) spezifiziert, dass nicht das Tragen des Kopftuchs als Symbol selbst, sondern das hierin zum Ausdruck kommende Bekenntnis zur weiblichen Keuschheit als religiöse Lebensweise erfasst ist; vgl. auch *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 147.

30 BVerfGE 108, 282 (315 ff.) – Sondervotum *Jentsch/Di Fabio/Mellinghoff*.

31 Vgl. *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 514; vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 6 Rn. 24 ff., § 8 Rn. 27 ff.; vgl. *Klein* (Fn. 12), DÖV 2015, 464 (468); *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (22); a.A. dagegen *Peine*, Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 65 Rn. 33 ff.

32 Überzeugende Kritik am Freiwilligkeitsargument *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (22)

33 BVerfGE 108, 282 (316 f.) – Sondervotum *Jentsch/Di Fabio/Mellinghoff*; vgl. auch E 138, 296 (367) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*

34 BVerfGE 108, 282 (317 f.) – Sondervotum *Jentsch/Di Fabio/Mellinghoff*.

35 Vgl. BVerfGE 138, 296 (328); E 108, 282 (296); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (Kommentar), 78. EL 2016, Stand: Februar 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 47; *Klein* (Fn. 12), DÖV 2015, 464 (467); *Peine*, in: HdGR III (Fn. 31), § 65 Rn. 44; *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (20); für Rechtsreferendare siehe VG Augsburg, Urt. v. 30.06.2016 – Au 2 K 15.457, juris Rn. 50.

36 *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 35), Art. 1 Abs. 3 Rn. 47; *Peine*, in: HdGR III (Fn. 31), § 65 Rn. 44; *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (20).

37 BVerfGE 138, 296 (331 f.); vgl. auch E 108, 282 (298).

38 *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 182, 516 weist darauf hin, dass eine Einschränkung erst in einem vom Staat eröffneten Bereich

b) Weitere Grundrechte

Wird das Kopftuchtragen als religiöse Pflicht empfunden, so wird durch das Verbot zudem das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) betroffen. Darüber hinaus liegt auch ein Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) vor, wenn das Verbot dazu führt, dass von dem Bemühen um Anstellung in den Schuldienst oder als Kita-Erzieherin abgesehen wird. Schließlich ergibt sich noch eine Ungleichbehandlung, wenn der Zugang zu diesen Berufen durch das Verbot vor allem für Frauen erschwert wird.[39] Diese Ungleichbehandlung lässt sich hierbei nicht damit begründen, Frauen sollten durch das Verbot gerade geschützt werden. Denn faktisch benachteiligt durch das Verbot sind in erster Linie und gerade die Kopftuchträgerinnen selbst.[40]

2. Vom Verbot geschützte Rechte und Werte

Da die Religionsfreiheit keinen Gesetzesvorbehalt kennt,[41] bestehen nur verfassungsimmanente Schranken. Daher kann der Eingriff nur durch entgegenstehende Grundrechte Dritter (a, b) und Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang (c, d) gerechtfertigt werden.

a) Negative Glaubensfreiheit

Als Kehrseite zum Recht, einen Glauben zu haben, zu bekennen, dafür zu werben und sein gesamtes Verhalten an ihm auszurichten, gewährt Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in seiner negativen Dimension auch das Recht, keinen Glauben zu haben und kultischen Handlungen inkl. bestimmter Riten und Symbole anderer Religionen fernzubleiben.[42]

Daraus kann jedoch kein allgemeiner Anspruch auf Verschonung vor Konfrontation mit fremden Religionen, deren Riten und Symbolen, abgeleitet werden.[43] Dies würde in einer religiös pluralistischen Gesellschaft[44] die Ausübung des Glaubens nahezu unmöglich machen.[45] Allerdings ist die Situation in der Schule – anders in Kitas[46] – eine besondere dadurch, dass der Staat durch die Schulpflicht keine Ausweichmöglichkeit zulässt und gewissermaßen zur Konfrontation zwingen kann.[47] Dies wäre jedoch nur dann der Fall, wenn die mit dem Kopftuchtragen verbundene Aussage dem Staat zuzurechnen wäre.[48] Das Tragen des Kopftuchs ist jedoch Ausdruck der Ausübung der Glaubensfreiheit der einzelnen Pädagogin bzw. Erzieherin und dem Staat nicht allein durch Duldung zurechenbar.[49] Daher erzwingt der Staat hier nicht die Auseinandersetzung mit einer Glaubensüberzeugung, vielmehr spiegeln kopftuchtragende Lehrerinnen und weiterer Lehrkräfte mit anderen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen lediglich die Wirklichkeit der „religiös-pluralistischen Gesellschaft wider."[50] Daher ist nur das Kopftuchtragen für sich nicht geeignet, die negative Glaubensfreiheit der Schüler/innen zu beeinträchtigen.[51]

Die Kritik hieran, die Klage eines Schülers, der seine negative Glaubensfreiheit verletzt sieht, sei demnach mangels Zurechnung gegen die Lehrerin als Privatperson zu richten und nicht (was aber eigentlich korrekt sei) gegen den Staat,[52] überzeugt nicht. Sie ist vom gewünschten Ergebnis her gedacht. Wird eine Handlung der Privatsphäre zugeordnet und nicht dem Amtsverhältnis, dann ist eine Klage zwingend gegen die Privatperson und nicht gegen den Staat zu richten.

Für eine Zurechnung des Verhaltens der Lehrerin wird weiterhin vorgetragen, der Staat könne nur durch seine Amtswalter handeln und sei durch diese wahrnehmbar. Damit könne die Neutralitätspflicht des Staates keine andere seien als die des Amtswalters selbst.[53] Damit wäre jegliches Handeln des Amtswalters stets dem Staat zuzurechnen.[54] Dies stellt aber die grundrechtliche Freiheitssphäre der natürlichen Person als Amtswalter in Frage, die trotz Eingliederung in den Staatsbereich bestehen bleibt. Würde die natürliche Person während der Ausübung ihres Amtes völlig zurücktreten, wäre sie lediglich ein staatliches Instrument und Objekt. Zudem kann der Bürger durchaus erkennen, wann der Amtswalter als Repräsentant des Staates handelt und wann die natürliche Person bei Ausübung des Amtes in Erscheinung tritt.[55]

(Dienstverhältnis) erfolgt, ein etwaiger Eingriff also u. a. auch von geringerer Intensität sei.

39 BVerfGE 138, 296 (332 f., 353 f.); anders E 138, 296 (374 ff.) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*.

40 BVerfGE 138, 296 (354); hierzu auch *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (807 f.).

41 Siehe hierzu etwa BVerfGE 138, 296 (333); zum Streit um die Schranken der Religionsfreiheit siehe etwa *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 190 ff.; *ders.*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003, S. 51 ff.; *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (23).

42 BVerfGE 138, 296 (336); E 108, 282 (301); E 93, 1 (15 f.); vgl. allgemein hierzu *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 161 ff., zur besonderen Situation in der Schule Rn. 501 ff.

43 BVerfGE 138, 296 (336); E 108, 282 (302); E 93, 1 (16).

44 Zur Entwicklung hin zu einer pluralistischen Gesellschaft siehe etwa *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (18) m.w.N.

45 *Traub*, Abstrakte und konkrete Gefahren religiöser Symbole in öffentlichen Schulen, NJW 2015, 1338 (1339).

46 BVerfG, NZA 2016, 1522 (1523); *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 526 hält die Unterschiede für nicht wesentlich, besteht doch ein Anspruch auf einen Kita-Platz und die Pflicht zur staatlichen Neutralität im selben Maße.

47 BVerfGE 138, 296 (336); E 108, 282 (302), E 93, 1 (16).

48 BVerfGE 138, 296 (336); E 108, 282 (305 f.).

49 BVerfG, NZA 2016, 1522 (1526); BVerfGE 138, 296 (336 f.); E 108, 282 (305 f.); *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 513 f.; *Traub* (Fn. 45), NJW 2015, 1338 (1339); a.A. etwa *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (24); *Thiel*, in: Sachs, Grundgesetz (Kommentar), 7. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 18a.

50 BVerfGE 138, 296 (337); hieran zweifelnd *Ladeur* (Fn. 29), JZ 2015, 633 (634).

51 BVerfG, NZA 2016, 1522 (1525); BVerfGE 138, 296 (337); *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 516; vgl. *Ladeur* (Fn. 29), JZ 2015, 633 (636).

52 *Schwabe*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 27.01.2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 – *Kopftuch* – Kein pauschales Kopftuchverbot für Lehrkräfte in öffentlichen Schulen, DVBl. 2015, 570 (571); zustimmend *Volkmann* (Fn. 12), Jura 2015, 1083 (1085).

53 Hierzu BVerfGE 138, 296 (367) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*; zustimmend *Volkmann* (Fn. 12), Jura 2015, 1083 (1085).

54 Vgl. *Volkmann* (Fn. 12), Jura 2015, 1083 (1085); für die Zurechnung auch *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (24).

55 Dies ist vor allem *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (24) entgegenzuhalten. Jeder auch nur mäßig begabte Schüler und gewiss

Schließlich wird auch auf das besondere Verhältnis zwischen Schülern und Lehrenden verwiesen, welches für eine Beeinträchtigung der negativen Glaubensfreiheit spreche.[56] Schüler sind dem Einfluss der Lehrenden nicht nur gelegentlich, sondern dauerhaft und unausweichlich ausgesetzt, wobei ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis bestehe und den Pädagogen eine Vorbildfunktion zukäme. Zudem seien die Heranwachsenden noch stark beeinflussbar.[57] Diese Situation sei nicht mit dem Aufeinandertreffen verschiedener Religionen im gesellschaftlichen Alltag vergleichbar, bei dem es kein Recht auf Verschonung gebe.[58] Allerdings gibt es für eine Beeinflussung von Schülern allein durch das Tragen religiös konnotierter Bekleidung keine empirisch gesicherten Erkenntnisse.[59]

b) Elterngrundrecht

Das Elterngrundrecht umfasst auch das Recht, sein Kind nach den eigenen Glaubensvorstellungen zu erziehen und von anderen Überzeugungen fernzuhalten. Da durch das Kopftuchtragen jedoch die negative Glaubensfreiheit der Schüler (ebenso wenig die der Eltern) nicht beeinträchtigt wird, ergibt sich auch aus dem Elterngrundrecht nichts anderes.[60]

c) Staatlicher Erziehungsauftrag und Schulfriede

Der staatliche Erziehungsauftrag[61] gem. Art. 7 Abs. 1 GG könnte als Schutzgut des Kopftuchverbotes herangezogen werden und den Eingriff in die Glaubensfreiheit der Lehrerinnen und Erzieherinnen rechtfertigen. Die Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrages setzt die Funktionsfähigkeit der Schulen und damit auch den Schulfrieden voraus.[62] Das BVerfG hält es für möglich, dass allein das Kopftuchtragen einzelner Lehrerinnen zu Konflikten innerhalb der Schülerschaft und mit den Eltern führen könne, wodurch u.U. der Schulfriede und damit der Erziehungsauftrag gestört würde.[63] Demnach dient das Kopftuchverbot dem Schulfrieden und (mittelbar) der Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrages als Gemeinschaftswert von Verfassungsrang.

d) Neutralitätsgebot

Darüber hinaus soll das Verbot auch der Wahrung staatlicher Neutralität dienen.[64] Danach besteht zwar keine strikte Trennung zwischen Staat und Kirche i.S.v. Laizität. Vielmehr darf der Staat die Grundrechtsausübung in diesem Bereich unterstützen und fördern. Dabei darf er sich jedoch keinesfalls mit einer Religion identifizieren, vielmehr sind alle Glaubensgemeinschaften gleich zu behandeln. So soll der Staat „Heimstatt aller Bürger“[65] sein.

Jedoch identifiziert sich der Staat gerade nicht mit einer bestimmten Religion, wenn er das Tragen religiöser Symbole durch einzelne Lehrkräfte duldet.[66] Vielmehr ist das Kopftuchtragen „private“ Grundrechtsausübung. Die staatliche Neutralität wird daher nicht gefährdet.[67]

e) Menschenwürde, Gleichberechtigung, Freiheitsgrundrechte und freiheitliche-demokratische Grundordnung

Als abwägungsrelevante, das Verbot stützende Verfassungsrechte und -werte kämen nach S. 2 der Verbotsregelung die Gleichberechtigung von Mann und Frau, die Menschenwürde und weitere Freiheitsgrundrechte sowie die freiheitlich-demokratische Grundordnung in Betracht. Verboten ist danach insbesondere jedes äußere Verhalten, welches geeignet ist, den Eindruck zu erwecken, die/der Lehrende oder die/der Erziehende trete gegen diese Werte auf.

Hier verdient die Feststellung des BVerfG Zustimmung, das Tragen des Kopftuchs für sich lasse den Schluss nicht zu, dass die Trägerin sich von den genannten Werten distanziere.[68]

jeder Bürger vermag zu erkennen, dass ihm jenseits der Amtsperson ebenfalls ein Bürger gegenübersteht.

56 BVerfGE 138, 296 (364 ff.) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*; vgl. auch E 108, 282 (306).

57 BVerfGE 138, 296 (366) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*; Kinder in Kitas sind womöglich noch stärker beeinflussbar und daher stärker schutzbedürftig als Schulkinder, vgl. BVerfG, NZA 2016, 1522 (1523).

58 BVerfGE 138, 296 (365 f., 369 f.) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*.

59 Vgl. BVerfGE 108, 282 (306); vgl. hierzu auch *Traub* (Fn. 45), NJW 2015, 1338 (1339) und *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (26); kritisch hierzu und die Notwendigkeit eines empirischen Nachweises einer Gefahrenlage verneinend BVerfGE 108, 282 (330 f.) – Sondervotum *Jentsch/Di Fabio/Mellinghoff*; *Ladeur* (Fn. 29), JZ 2015, 633 (634).

60 BVerfGE 138, 296 (337 f.).

61 Statt aller: *Badura*, in: Maunz/Dürig (Fn. 35), Stand: Mai 2015, Art. 7 Rn. 4, 45 ff.

62 BVerfGE 138, 296 (338); *Thiel*, in: Sachs (Fn. 49), Art. 7 Rn. 18; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Beck´scher Online-Kommentar Grundgesetz, 31. Edn. 2015, Art. 4 Rn. 31; kritisch hingegen *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (806).

63 BVerfGE 138, 296 (341).

64 Vgl. BVerfGE 138, 296 (338 ff.); E 108, 282 (299 f.); E 93, 1 (16 f.); instruktiv hierzu *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 106 ff.; vgl. zur Neutralitätspflicht *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (23 f.); zu verschiedenen Konzepten der Neutralität *Volkmann* (Fn. 12), Jura 2015, 1083 (1087).

65 BVerfGE 108, 282 (299).

66 Vgl. BVerfGE 138, 296 (340); siehe hierzu bereits Fn. 49; anders wäre es allenfalls, würden in einer Schule nur kopftuchtragende Lehrkräfte angestellt, vgl. hierzu *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (806).

67 *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (806); a.A. BVerfGE 138, 296 (338 ff., insb. 341): das BVerfG hält trotz mangelnder Identifikation des Staates durch die von Lehrern getragenen religiösen Symbole eine Gefährdung der Neutralität für möglich.

68 BVerfGE 138, 296 (344); zustimmend E 138, 296 (370 f.) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*; *Traub* (Fn. 45), NJW 2015, 1338 (1340); vgl. auch BVerfGE 108, 282 (304 f.); siehe aber auch E 108, 282 (332 ff.) – Sondervotum *Jentsch/Di Fabio/Mellinghof*; zur Deutung des Kopftuches als politisches Zeichen vgl. *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (19) m.w.N. und ihr widersprechend *ders.* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (26); hierzu auch *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 521 und *Klein* (Fn. 12), DÖV 2015, 464 (467) sowie *Ladeur* (Fn. 29), JZ 2015, 633 (633 f.); zum Vorwurf, das BVerfG hätte diese Werte auch in die Verhältnismäßigkeitsprüfung von S. 1

III. Interessensausgleich

Stehen sich nun als Für und Wider des Verbotes Verfassungsrechte und -werte gegenüber, so fragt sich, wie sie sich in Ausgleich miteinander bringen lassen. Lässt sich die Verbotsregelung (eingeschränkt) aufrechterhalten (2.) oder ist sie sogar unrettbar verfassungswidrig (3.)?

1. Wer darf entscheiden?

Zunächst ist aber die Frage zu beantworten, wer zu entscheiden hat. Wer ist für die Auflösung dieser Spannungslage zuständig? Während noch im ersten Kopftuchurteil der 2. Senat den Gesetzgeber wegen seiner besonderen demokratischen Legitimation zur Entscheidung berufen sah, so entschied im zweiten Kopftuchurteil der 1. Senat in der Sache selbst und nahm den Interessensausgleich vor.

Für die Zuständigkeit des Gesetzgebers wird aber nicht nur seine demokratische Legitimation ins Felde geführt. Hingewiesen wird auch darauf, dass bei solchen mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen und Spannungslage es keine eindeutige Entscheidung geben könne, wie auch das Sondervotum zeige. Die verschiedenen Positionen miteinander in Ausgleich zu bringen und eine politische Entscheidung zu fällen, sei hier Sache des Parlamentes.[69]

Jedoch kann der Gesetzgeber einen solchen Ausgleich nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben vornehmen. Wird hier die Glaubensfreiheit der Beschwerdeführerinnen verletzt, kann es nicht Sache des Gesetzgebers sein, sondern muss das BVerfG diese Verletzung feststellen und die ggf. verfassungswidrige Regelung für nichtig[70] erklären bzw. eine verfassungskonforme Auslegung vorgeben.[71]

2. Gefahr und wenn ja, welche?

Das BVerfG entschied sich im Ergebnis für eine verfassungskonforme Auslegung des Bekundungsverbotes. Demnach genügt die lediglich abstrakte Gefahr für gegenläufige Verfassungsrechte und -werte nicht aus, um auf diese Regelung ein Kopftuchverbot zu stützen.[72] Anders sei dies aber, sobald eine hinreichend konkrete Gefahr vorliegt und das Kopftuchtragen der Lehrerin dafür verantwortlich ist oder aber wesentlich dazu beiträgt.[73]

Hier stellt sich nun nicht allein die Frage, wie der polizeirechtliche Begriff der Gefahr sich in die verfassungsrechtliche Diskussion einzupassen vermag.[74]

Zunächst führt das Erfordernis der hinreichend konkreten Gefahr dazu, dass die Behörde vor Ort entscheiden muss und eine allgemeine und pauschale Regelung dem Gesetzgeber versperrt bleibt. Dieses Argument lässt jedoch außer Betracht, dass ein pauschales Kopftuchverbot verfassungswidrig ist, der Gesetzgeber außerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens keine Regelungskompetenz besitzt. Zwar ist eine konkrete Gefahr stets schwerer nachzuweisen als eine abstrakte,[75] aber mit einer Entscheidung im konkreten Fall durch die örtliche Behörde ist häufig auch der Einzelfallgerechtigkeit am ehesten gedient.[76]

Zudem fragt sich auch, für wen oder was hier genau eine Gefahr besteht. Die Schüler und Eltern sind nicht in ihrer negativen Glaubensfreiheit betroffen, auch das elterliche Erziehungsrecht wird nicht tangiert. Zudem ist auch die staatliche Neutralität durch erkennbar privates Verhalten nicht berührt. Letztlich kann das Tragen des Kopftuches zwar zu Konflikten innerhalb der Schule führen, wenn Schüler und Eltern daran Anstoß nehmen. Aber weshalb ist nun die Kopftuchtragende – im Sinne des Polizeirechts immerhin Nichtstörerin – die Leidtragende?[77]

Schließlich könnte nun die Frage virulent werden, inwieweit eine Lehrerin in Ausübung ihrer Amtspflichten (Sonderstatusverhältnis)[78] zur Wahrung des Schulfriedens uneingeschränkt verpflichtet und damit in ihrer Grundrechtsausübung beschränkt ist.

Eine Einschränkung der Grundrechtsausübung[79] ist allerdings erst und nur dann angezeigt, wenn die Funktionsfähigkeit des Sonderstatusverhältnisses (der Lehrerin), d.h. v.a. der schulische Bildungsauftrag, gestört wird. Dies könnte sich daraus ergeben, dass das Kopftuch für ein Zeichen mangelnder Neutralität gehalten wird und das

der Verbotsregelung einbeziehen müssen siehe *Enzensperger*, Verfassungsmäßigkeit eines pauschalen Kopftuchverbotes für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen, NVwZ 2015, 871 (872).

69 BVerfGE 138, 296 (361 ff.) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*; E 108, 282 (302 f., 309 ff.); *Enzensperger*, (Fn. 68), NVwZ 2015, 871 (872 f.); vgl. *Franzius* (Fn. 20), Der Staat 54 (2015), 435 (442); vgl. *Volkmann* (Fn. 12), Jura 2015, 1083 (1086 f, 1091 f.) auch dazu, dass es dem Gesetzgeber obliege, die staatliche Neutralität näher auszuformen; ebenso *Tomuschat* (Fn. 29), EuGRZ 2016, 6 (10).

70 § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG.

71 Vgl. BVerfG, NZA 2016, 1522 (1525); vgl. BVerfGE 138, 296 (335); vgl. E 108, 282 (336) – Sondervotum *Jentsch/Di Fabio/Mellinghoff*; *Rusteberg* (Fn. 8), JZ 2015, 637 (642); vgl. *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (806 f.).

72 BVerfGE 138, 296 (340 f.).

73 BVerfGE 138, 296 (341).

74 Kritisch zum Gefahrbegriff allgemein *Ladeur* (Fn. 29), JZ 2015, 633 (634) und hinsichtlich des Neutralitätsgebotes *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (805 f.) sowie im Hinblick zum unbestimmten Schutzgut „Schulfriede", *Volkmann* (Fn. 12), Jura 2015, 1083 (1085 f.); gegen das Ausreichen einer abstrakter Gefahr, welches auf einen Schutz vor gefühlten Bedrohungen hinausliefe, *Klein* (Fn. 12), DÖV 2015, 464 (468 f.).

75 BVerfGE 138, 296 (369 f.) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*; zur Kritik an der Verlagerung der Entscheidung auf die Schulen etwa auch *Rusteberg* (Fn. 8), JZ 2015, 637 (644); *Tomuschat* (Fn. 29), EuGRZ 2016, 6 (10 f.).

76 Vgl. BVerfGE 108, 282 (335 f.) – Sondervotum *Jentsch/Di Fabio/Mellinghoff*; auch wenn dies zu einer Personalisierung des Konfliktes führen mag, BVerfGE 138, 296 (369) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*; ähnlich kritisch auch *Enzensperger*, (Fn. 68), NVwZ 2015, 871 (872) und *Volkmann* (Fn. 12), Jura 2015, 1083 (1093).

77 Kritisch zur Inanspruchnahme des Nichtstörers *Franzius* (Fn. 20), Der Staat 54 (2015), 435 (445); *Ladeur* (Fn. 29), JZ 2015, 633 (634); *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (26); *Rusteberg* (Fn. 8), JZ 2015, 637 (640 f.); *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (806); und zur Frage, wann dann genau der Schulfriede, dem ein gewisses Maß an Unfriede immanent sei, gefährdet ist *Volkmann* (Fn. 12), Jura 2015, 1083 (1086).

78 Siehe infra II. 1. a) aa).

79 Vgl. BVerfGE 108, 282 (296 sowie 315 ff., 323 – Sondervotum *Jentsch/Di Fabio/Mellinghoff*); vgl. zur Grundrechtseinschränkung bei Störung der Funktionsfähigkeit des Sonderstatusverhältnisses *Peine*, in: HdGR III (Fn. 31), § 65 Rn. 62 ff.; Unterschiede ergeben sich auch hier im Kita-Bereich, da die dort vom Verbot Betroffenen zumeist keine Beamtinnen und Beamten sind, BVerfG, NZA 2016, 1522 (1523).

Vertrauensverhältnis zu Schülern und Eltern dadurch zerrüttet wird. Auch die Konflikte innerhalb der Schule, die von Schüler/innen und Eltern ausgehen und sich am Kopftuch entzünden, sind geeignet, den Schulfrieden zu gefährden.

Aber auch hier gilt, dass bei der privaten Grundrechtsausübung von der Lehrerin/Erzieherin nicht staatliche Neutralität gefordert werden kann. Die Gefährdung des Schulfriedens mag zwar potentiell zu einer Einschränkung ihrer Grundrechte führen. Außer acht darf aber auch hier nicht bleiben, dass die Störung nicht unmittelbar von der Kopftuchtragenden ausgeht.

3. Kopftuchverbot uneingeschränkt verfassungswidrig

Teilweise wird hieraus der Schluss gezogen, dem Verbot fehle es an der für die Verhältnismäßigkeit erforderlichen Eignung.[80] Von dem verbotenen Verhalten müsste eine Gefahr für die aufgeführten Rechte Dritter und Werte von Verfassungsrang ausgehen, die das Verbot gerade verhüten will, um geeignet zu sein. Für die negative Glaubensfreiheit von Schülern und Eltern sowie für die Neutralität und die von den in S. 2 der Regelungen erfassten Rechte und Werte besteht durch das Kopftuchtragen wie gesehen jedoch keine Gefahr. Der Schulfriede jedoch, dem allenfalls mittelbar über den staatlichen Erziehungsauftrag Verfassungsrang zukommt,[81] kann durch ein Verbot gewahrt werden. Wird das Kopftuchtragen verboten, werden auch aus ihm resultierende Konflikte innerhalb der Schule verhütet. Dass dabei eine Nichtstörerin in Anspruch genommen wird, ändert zunächst nichts an der Eignung des Verbotes selbst. Jedoch lässt der Umstand, dass Dritte an der für sich verfassungsrechtlich geschützten individuellen Ausübung des Glaubens Anstoß nehmen und hierdurch den Schulfrieden stören, die Angemessenheit eines Verbotes entfallen, wenn sogleich die Nichtstörer in die Pflicht genommen werden. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Schule offen sein soll für verschiedene religiöse und weltanschauliche Ansichten und zur Toleranz ihnen gegenüber erziehen soll.[82] Dem widerspräche es gerade, ohne Weiteres dem Protest und Unmut von Schülern und Eltern nachzugeben. Allenfalls höchst ausnahmsweise, als *ultima ratio* und v. a. nach der (erfolglosen) Inanspruchnahme der unmittelbaren Störer könnte ein Kopftuchverbot zur Wahrung des Schulfriedens zulässig sein.

Daher ist die Verbotsregelung nur in der Form verfassungskonform auszulegen, als dass nicht nur ein Verbot aufgrund abstrakter Gefahren, sondern auch aufgrund hinreichend konkreter Gefahren in aller Regel verfassungswidrig ist. Ob eine verfassungskonforme Auslegung angesichts des klaren Wortlauts der Regelung noch möglich ist, kann hierbei bezweifelt werden.

80 Hierzu *Rusteberg* (Fn. 8), JZ 2015, 637 (641 f.); gegen ein Verbotsgesetz auch bei konkreter Gefahr *ders.* (Fn. 8), JZ 2015, 637 (643 f.); vgl. auch *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (806).

81 Vgl. BVerfGE 138, 296 (334); *Rusteberg* (Fn. 8), JZ 2015, 637 (641); *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (806); *Traub* (Fn. 45), NJW 2015, 1338 (1339).

82 BVerfGE 138, 296 (342); vgl. *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (25 f.).

IV. Privilegierungsvorschrift

Die Privilegierung nach S. 3 der Verbotsnorm zu Gunsten christlich-abendländischer Werte ist jedenfalls dann eine unzulässige Ungleichbehandlung, wenn dadurch eine Religion bevorzugt wird. Hätten die Beschwerdeführerinnen christliche Symbole getragen, wären sie von dem Verbot nicht betroffen gewesen – die Bevorzugung des christlichen Glaubens ist hier sogleich eine Benachteiligung des muslimischen.[83] Diese Ungleichbehandlung findet auch keine Rechtfertigung in der unzutreffenden Behauptung, das Kopftuch sei Ausdruck der dem Grundgesetz widersprechenden Unterordnung der Frau.[84] Dem Versuch, diese Regelung verfassungskonform derart auszulegen, dass die erfassten Werte von ihrem christlichen Bezug getrennt und lediglich als areligiöse Kulturwerte zu verstehen sind, hat das BVerfG eine Absage erteilt.[85] Sowohl der Wille des Gesetzgebers als auch der Wortlaut sind hier so eindeutig, dass eine andere Auslegung ausscheiden muss.[86]

V. Folgerungen

Mag es auch vorzugswürdig sein, davon auszugehen, dass ein Verbot religiös konnotierter Kleidung regelmäßig auch bei konkreter Gefahr verfassungswidrig ist, so fragt sich doch, welche Folgen das zweite Kopftuchurteil im Weiteren hat, welches eine konkrete Gefahr grundsätzlich für ausreichend erachtet.

Für Länder mit einer ähnlichen oder gleichlautenden Regelung[87] wie in NRW ergibt sich ebenfalls die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Verbotsregelung. Entsprechende Privilegierungsvorschriften sind verfassungswidrig. Länder, die ein generelles Verbot statuieren, also nicht auf die Eignung zur Gefährdung entgegenstehender Grundrechte oder Gemeinschaftsgüter von Verfassungsrang abstellen, können nicht verfassungskonform ausgelegt werden und sind daher verfassungswidrig auch nach Maßgaben des zweiten Kopftuchurteils.[88]

Weitet man den Blick, so fragt sich, wie es sich mit religiös konnotierte Kleidung in anderen, ähnlichen Bereichen

83 BVerfGE 138, 296 (346).

84 BVerfGE 138, 296 (348 f.).

85 BVerfGE 138, 296 (350 ff.); zustimmend *Traub* (Fn. 45), NJW 2015, 1338 (1340).

86 BVerfGE 138, 296 (350 ff.); zustimmend *Rusteberg* (Fn. 8), JZ 2015, 637 (643) und *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (807); anders BVerfGE 138, 296 (371 ff.) – Sondervotum *Schluckebier/Hermanns*; kritisch *Ladeur* (Fn. 29), JZ 2015, 633 (635); *Volkmann* (Fn. 12), Jura 2015, 1083 (1088); vgl. auch *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (30 f.).

87 Siehe hierzu Fn. 13; keine Verbotsregelung besteht hingegen bspw. in Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein.

88 Hierzu zählt etwa Berlin, § 2 VerfArt29G BE 2005 in der Fassung v. 27.01.2005; zum Befund der Verfassungswidrigkeit *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl. 2015, 801 (808); vgl. hierzu auch *Traub* (Fn. 45), NJW 2015, 1338 (1341); überraschend und kritikwürdig hingegen ArbG Berlin, Urt. v. 14.04.2016 – 58 Ca 13376/15, juris, das die Berliner Regelung – unter auffällig häufiger Berufung auf das Sondervotum zum zweiten Kopftuchurteil – für nicht verfassungswidrig hält und die Vorlage an das BVerfG ablehnt.

verhält. Verbotsregelungen, die jenseits der Schule Beamte allgemein betreffen, sind auch nach der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung verfassungswidrig. Denn hier ist die Annahme einer konkreten Gefahr noch fernliegender als im schulischen Bereich.[89] Im Gegensatz dazu wird man für die Ausübung des Richteramtes ein Kopftuchverbot für zulässig erachtet können.[90] Zwar wird auch hier nicht die Geltung von Grundrechten allgemein ausgeschlossen. Jedoch identifiziert sich der Staat durch die Duldung etwa eines Kopftuches mit der Religion. Denn hier schreibt der Staat schon mit der Robenpflicht die neutrale und einheitliche Erscheinung vor, eine Abweichung hiervon ist ihm zuzurechnen. Zudem ist die staatliche Neutralität in diesem Bereich von weitaus größerer Bedeutung als in der Schule und die Funktionsfähigkeit der Gerichtsbarkeit gestört, fehlt es am Vertrauen in die Unparteilichkeit des Richtenden.

Anders verhält es sich bei Schülern.[91] Hier besteht grundsätzlich kein Grund, den Schülern die Ausübung der individuellen Religionsfreiheit zu verbieten. Anders verhält es sich, wird durch eine etwaige Vollverschleierung[92] die Kommunikation im Unterricht gestört und damit der Bildungs- und Erziehungsauftrag deutlich erschwert.

89 Siehe hierzu *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (28); *Sacksofsky* (Fn. 8), DVBl 2015, 801 (808).

90 Siehe zu diesem Thema etwa *Janisch* (Fn. 1), SZ v. 12.12.2016, S. 4; *Reinhard* (Fn. 8), GreifRecht 2010, 17 (27 f.)

91 *Classen*, RelR (Fn. 25), Rn. 523 f.; kritischer etwa *Thiel*, in: Sachs (Fn. 49), Art. 7 Rn. 18; zu einem anderen Ergebnis für Privatschulen kommt das LG Bonn, Urt. v. 20.03.2015 – 1 O 365/14, juris und Urt. v. 12.11.2014 – 1 O 364/14, juris.

92 Siehe hierzu BayVGH, Beschl. v. 22.04.2014 – 7 CS 13.2592, 7 C 13.2593, juris Rn. 16 ff.