

MATTHIAS JESTAEDT

## **Staatliche Neutralität in Zeiten zunehmender Säkularisierung und religiöser Pluralisierung**

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts  
am Beispiel des islamischen Kopftuchs der Lehrerin<sup>1</sup>

### **I. Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge im öffentlichen Raum?**

„Der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel kann Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge [im Original heißt es an dieser Stelle:] in der Schule sein [es könnte aber auch allgemeiner heißen: im öffentlichen Raum] sein.“<sup>2</sup> Mit diesem Satz hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts vor gut 13 Jahren ein neues Kapitel im verfassungsrechtlichen Diskurs um die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates in Zeiten zunehmender Säkularisierung und religiöser Pluralisierung aufgeschlagen.

Dem spätestens in den 1990er-Jahren spürbaren Säkularisierungsschub ist, mit dem Abstand von etwa einer Dekade, eine nachhaltige religiöse Pluralisierung gefolgt, ohne dass dieser Abfolge wegen einer echten Kausalität behauptet werden müsste. Beide Entwicklungen gingen und gehen hervor und einher mit verstärkten Tendenzen des Schwindens der herkömmlichen gesellschaftlichen und religiösen – sprich: christlich-großkirchlichen – Bindekräfte. Globalisierung und Individualisierung trugen das Ihre zu einer Verstärkung der sozialen und ideologischen Unübersichtlichkeit und Zentrifugalkräfte bei.

In dieser Lage erscheinen Manchem die Grundrechte in ihrer Karlsruher, d. h. liberal-individualistischen Lesart – voran die Religionsfreiheit –, als Katalysatoren und Symptome, als Ausdruck und Gestalt dieser Tendenzen. Insbesondere das Grundrecht der Religionsfreiheit tritt als Recht des Einzelnen in Erscheinung, sich

---

<sup>1</sup> Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

<sup>2</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24. September 2003 – 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 (309 Rn. 64) (zusätzlich zu der bis BVerfGE 131 ausschließlich nach Seiten bezifferten Fundstelle in der amtlichen Sammlung wird hier – wie seit BVerfGE 132 – auch die Randnummer der vom BVerfG bereitgestellten digitalen Fassung genannt) – Kopftuch I [2003].

mit abweichlerischen Vorstellungen gegen eine demokratische Mehrheitsentscheidung in Gestalt eines Parlamentsgesetzes durchsetzen zu können. Die Religionsfreiheit mutiert in dieser Deutung zum Brennpunkt zentrifugaler, fragmentierender, destabilisierender Kräfte.<sup>3</sup> Die in den Anfangsjahrzehnten der Bundesrepublik vom Bundesverfassungsgericht entfaltete Interpretation der Religionsfreiheit kann derart als Schönwetter-Dogmatik empfunden werden, die für die fetten, da unangefochtenen, Jahre einer konsolidierten freiheitlich-demokratischen Grundordnung mit relativ homogener religiöser Landschaft steht. In einem solchen System ist die quantitativ wie qualitativ gegen das gesetzliche (Mehrheits-)Regime nur in geringem Ausmaße in Stellung gebrachte, extensiv verstandene Religionsfreiheit – Stichworte dafür sind: keine Grundrechtsexemption im besonderen Gewaltverhältnis mehr;<sup>4</sup> weite Schutzbereichsdeutung;<sup>5</sup> Selbstverständnis-Relevanz;<sup>6</sup> Schranken nur als „verfassungsimmanente“<sup>7</sup> – deswegen verkraftbar, weil die integrierenden Ligamente des Gemeinwesens hinreichend stark sind. Seitdem aber die Frage nach einer „Erosion der Verfassungsvoraussetzungen“<sup>8</sup> virulent geworden ist, stellt sich die Frage, ob die religiöse Freiheit nicht eine Gefahr darstelle.<sup>9</sup> Die Sprengkraft einer konsequent liberal-individualrechtlichen Grundrechtsdogmatik in der Nutzung – gar im Missbrauch? – durch illiberale, die säkulare freiheitlich-demokratische Ordnung ablehnende Kräfte steht in Rede. Angesichts dessen muss sich die gewachsene Karlsruher Grundrechtsdogmatik, allen voran die Religionsfreiheitsdogmatik, die Frage gefallen lassen, ob sie den neuartigen und fundamentalen Herausforderungen noch angemessen ist. Und damit sind wir mitten im Thema.

## II. Die Kopftuchentscheidungen des BVerfG als Exempel

Da ich in der mir zur Verfügung stehenden Zeit weder der Vielzahl noch der Vielfalt von Judikaten des Bundesverfassungsgerichts in Fragen der Religionsausübung im – weit verstandenen – öffentlichen Raum gerecht werden kann, sehe ich mich der Notwendigkeit gegenüber, auszuwählen. Ich habe mich dafür entschieden, eine *einzig* – freilich sehr markante – Fallkonstellation herauszugreifen und

<sup>3</sup> Zum Diskurs stellvertretend *Stefan Huster*, Gleichheit statt Freiheit: Die Verschiebung der Argumentationsgewichte im Religionsverfassungsrecht unter Bedingungen des Pluralismus, in: Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hrsg.), Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, 2015, S. 203 (210 ff., 216 ff. m. w. N.).

<sup>4</sup> Vgl. stellvertretend BVerfGE 108, 282 (297 f. Rn. 36–39) – Kopftuch I [2003].

<sup>5</sup> Std. Rspr., vgl. nur BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2015 – 1 BvR 471 und 1181/10 –, BVerfGE 138, 296 (328 f. Rn. 85) – Kopftuch II [2015] m. w. N.

<sup>6</sup> Statt vieler BVerfGE 24, 236 (247 f.) – Aktion Rumpelkammer [1968]; 83, 341 (353) – Bahá'í [1991].

<sup>7</sup> Zuletzt BVerfGE 138, 296 (333 Rn. 98) – Kopftuch II [2015] m. w. N.

<sup>8</sup> So das (Ober-)Thema der 68. Jahrestagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer in Erlangen im Jahre 2008: VVDStRL 68 (2009).

<sup>9</sup> Dazu *Ute Sacksofsky* und *Christoph Möllers*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: VVDStRL 68 (2009), S. 7 ff. und 47 ff.

Sie einzuladen, mit mir an ihr aktuelle – und wie ich meine: paradigmatische – Tendenzen der Karlsruher Rechtsprechung zum Thema Staat und Religion zu studieren. Es handelt sich um das vielthematisierte „islamische Kopftuch der Lehrerin“. Dieses ist aus wenigstens zwei Gründen von über den Einzelfall hinausragendem Interesse.

## 1. Pointierte grundrechtsdogmatische Konstellation

Diese Fallkonstellation ist erstens schon deswegen in besonderem Maße aufschlussreich, weil hier religiöse Vielfalt nicht nur der Staatsgewalt gegenübertritt, sondern sich gleichsam „in“ ihr, genauer natürlich: bei Gelegenheit ihrer Ausübung, äußert: Die muslimische Lehrerin ist Amtsperson und Grundrechtsträgerin gleichzeitig, wenn auch in unterschiedlichen Rollen.

Grundrechtsdogmatisch zeichnet sich die Konstellation durch zwei Zuspitzungen aus: Zum einen steht die Lehrerin als Grundrechtsträgerin in ihren staatsadressierten Grundrechtsansprüchen (gegebenenfalls) den Schülern und deren Eltern gegenüber; man könnte insofern davon sprechen, dass die Lehrerin einerseits und Schüler und Eltern andererseits die beiden nicht grundrechtsverpflichteten Ecken des Grundrechtsdreiecks<sup>10</sup> bilden, zwischen deren konkurrierenden Grundrechtsansprüchen der Staat zu vermitteln hat. Dabei darf aber nicht aus dem Auge verloren werden, dass die Grundrechtsausübung auf Seiten der Lehrerin gleichsam mit den für die Ausübung von Staatsgewalt geltenden Kautelen belastet ist; anders gewendet: wenn und soweit die Lehrerin zeitgleich zur (aus ihrer Sicht: fremden) Staatsgewalt eigene Grundrechte ausübt, ist letztere strukturell schwächer geschützt als die Grundrechtsausübung von Schülern und deren Eltern – was nicht damit zu verwechseln ist, dass die Grundrechte von Schülern und Eltern stets jenen von Lehrkräften vorgingen.<sup>11</sup> Und zum anderen handelt es sich beim – aus freier, grundrechtsgeschützter Entscheidung der Lehrkraft getragenen – islamischen Kopftuch nicht um ein vom Staat veranlassetes und ihm darum auch nicht zurechenbares religiöses Zeichen oder Verhalten; und doch werden Schüler (und deren Eltern) kraft der Schulpflicht in eine Lage versetzt, die ihnen keine Möglichkeit belässt, der optischen Konfrontation auszuweichen.

Die Konstellation des islamischen Kopftuchs der Lehrerin ist damit zentraler Referenzpunkt für analoge religiöse Bekundungen auch in anderen Sparten der Staatsgewalt wie etwa durch die Rechtsreferendarin, die Richterin, die Staatsanwältin, die Polizistin und die Soldatin mit Kopftuch.

<sup>10</sup> Zum sog. Grundrechtsdreieck richtungweisend *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 5 f. u. ö.

<sup>11</sup> Dazu stellvertretend *Matthias Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 97 ff.

## 2. Karlsruher Perspektivenvielfalt

Zu diesen grundrechtsdogmatischen Besonderheiten tritt etwas Zweites hinzu, was das „Kopftuch der Lehrerin“ zum nachgerade prädestinierten Studienobjekt avancieren lässt, wenn man Aussagen über die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Staat und Religion gewinnen möchte: Dem islamischen Kopftuch der Lehrkraft widmen sich binnen zwölf Jahren – 2003 und 2015 – zwei in der Grundtendenz als gegenläufig gedeutete Entscheidungen der beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts, die zudem jeweils nicht einstimmig – nämlich mit 5:3 und 6:2 Stimmen – ergangen und – was in nur etwa 7% aller Senatsentscheidungen vorkommt<sup>12</sup> und damit sehr selten ist – auch noch von abweichenden Meinungen begleitet sind.<sup>13</sup> Damit liegen vier – rechnet man die voll auf der Linie des Beschlusses von 2015 liegende Entscheidung der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Oktober 2016 zu einer kopftuchtragenden Erzieherin an einer kommunalen Kindertagesstätte hinzu,<sup>14</sup> wären es fünf –, um das Mindeste zu sagen, nicht deckungsgleiche Voten aus beiden Senaten vor, ohne dass diese verfassungsgerichtliche Meinungsvielfalt sich durch die zwischen den Judikaten sich vollziehende Veränderung der gesellschaftlichen oder rechtlichen Verhältnisse oder aber die Zusammensetzung des Spruchkörpers erklären ließe. Diese ausgesprochen seltene Situation, dass nämlich die interessierte Öffentlichkeit den Perspektivenplural „hinter“ dem institutionellen Singular, dass „das Bundesverfassungsgericht“ beschlossen oder für Recht erkannt hat, wahrnehmen kann, erlaubt es, durch eine die einzelnen Voten vergleichende Analyse ein tieferes Verständnis der Rechtsprechung zu gewinnen.

Dabei sind die Übereinstimmungen nicht per se minder interessant als die Abweichungen. Und das gilt sowohl für das Verhältnis der beiden Senatsentscheidungen zueinander als auch für das jeweilige Verhältnis von Senatsentscheidung und Sondervotum. Just die Sondervoten<sup>15</sup> – das eine Mal von drei, das andere Mal von zwei Richter(inne)n unterzeichnet – sind nicht einfach als plakative Negationen der Senatsmeinungen zu lesen, sondern treten vielfach für vom Senatsvotum abweichende Schwerpunktsetzungen und die Berücksichtigung weiterer, im Senatsvotum nicht belichteter Elemente ein. Dadurch entsteht ein vielschichtiges Pro-

---

<sup>12</sup> Nach der BVerfG-Jahresstatistik 2015 (abrufbar unter: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2015/statistik\\_2015\\_node.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2015/statistik_2015_node.html), dort unter A.I.7.) sind 158 der insgesamt 2172 Senatsentscheidungen in BVerfGE 30–137 (1971–2015) mit einem Sondervotum ergangen, das entspricht einem Anteil von 7,27%.

<sup>13</sup> BVerfGE 108, 282 ff. mit Abweichender Meinung der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* – Kopftuch I [2003]; 138, 296 ff. mit Abweichender Meinung des Richters *Schluckebier* und der Richterin *Hermanns* – Kopftuch II [2015].

<sup>14</sup> BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 18. Oktober 2016 – 1 BvR 354/11 – Kopftuch III [2016].

<sup>15</sup> BVerfGE 108, 282, 314 ff. Rn. 75 ff. – Abweichende Meinung der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* zu Kopftuch I [2003]; 138, 296, 359 ff. Rn. 1 ff. – Abweichende Meinung des Richters *Schluckebier* und der Richterin *Hermanns* zu Kopftuch II [2015].

blemlösungsraster, welches sowohl die Stärken als auch die Ausblendungen, die beiden Senatsentscheidungen wie beiden Sondervoten anhaften, klarer hervortreten lässt.

### 3. Thematische Eingrenzungen

Wenn ich Ihre Aufmerksamkeit auf das Kopftuch-Urteil des Ersten Senats vom 24. September 2003 und den Kopftuch-Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2015 lenke, so muss ich doch einschränkend hinzusetzen, dass unsere Zeit nicht ausreicht, beide Judikate in vollem Umfange zu vergleichen und zu analysieren. Das scheint mir aber auch nicht nötig zu sein, enthalten beide Entscheidungen jeweils für den Ausgang des zu entscheidenden Falles zwar zentrale, aber in der Sache doch nicht religions(grundrechts)*spezifische* Aussagen. Anders gewendet: Weil unser Fokus sich auf die inhaltliche Bestimmung des von Grundgesetzes wegen zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge im öffentlichen Raum richtet, werden im Weiteren folgende Ausführungen in den Judikaten von 2003 und 2015 keine Rolle spielen: einerseits die Überlegungen des Zweiten Senats zur Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes, die zwischen Mehrheit und Minderheit im Senat hochstreitig war;<sup>16</sup> andererseits die durchaus nicht spannungsfreien Ausführungen des Ersten Senats zu Gebotenheit und Unzulässigkeit sogenannter verfassungskonformer Gesetzesauslegung,<sup>17</sup> die Prüfung der Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 und Art. 33 Abs. 3 GG,<sup>18</sup> die – über die föderative Vorzugsregel des Art. 31 GG vermittelte – Prüfung des AGG und der EMRK.<sup>19</sup> Ebenfalls nicht thematisiert wird die – aus meiner Sicht zu verneinende – Frage, ob der Erste Senat mit Rücksicht auf die Abweichungen zwischen den Rechtsansichten 2003 und 2015 nicht zu einer Divergenzvorlage an das Plenum verpflichtet gewesen wäre.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Vgl. namentlich BVerfGE 108, 282 (306 ff. Rn. 57 ff.) – Kopftuch I [2003] einerseits und BVerfGE 108, 282, 314 (335 ff. Rn. 126 ff.) – Abweichende Meinung der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* zu Kopftuch I [2003] andererseits.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 138, 296 (einerseits 342 ff. Rn. 116 f. und andererseits 350 ff. Rn. 131 ff.) – Kopftuch II [2015].

<sup>18</sup> Dazu BVerfGE 138, 296 (353 ff. Rn. 140 ff.) – Kopftuch II [2015].

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 138, 296 (355 ff. Rn. 147 ff.) – Kopftuch II [2015].

<sup>20</sup> Eine Vorlagepflicht bejahend etwa *Hans Michael Heinig*, Ein neues Kapitel in einer unendlichen Geschichte? Verfassungsrechtliche, prozessrechtliche und religionspolitische Anmerkungen zum Kopftuchbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Januar 2015, in: RdJB 2015, S. 217 (225 ff.); *Uwe Volkmann*, Dimensionen des Kopftuchstreits, in: JA 2015, S. 1083 (1090); verneinend etwa *Matthias Hong*, Ein Gericht oder zwei Gerichte? Der Kopftuch-Beschluss, das Plenumsverfahren und der Grundsatz „stare decisis“, in: Der Staat 54 (2015), S. 409 ff.; *Ute Sackssofsky*, Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, in: DÖV 2015, S. 801 (806 f.).

#### 4. Thematische Ausgrenzungen

Die Entscheidung für eine Analyse der Konstellation „Kopftuch der Lehrerin“ bedingt nicht nur, dass alle übrigen religionsgrundrechtlichen Konstellationen in der Karlsruher Judikatur nicht unmittelbar thematisiert werden. *A limine* außen vor bleiben des Weiteren sämtliche *staatskirchenrechtliche*, also das institutionell-korporative Element des Religionsverfassungsrechts berührende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts der letzten Jahre beispielsweise zur Verleihung des Körperschaftsstatus,<sup>21</sup> des Sonn- und Feiertagsschutzes (Ladenöffnungszeiten,<sup>22</sup> Schutz stiller Feiertage<sup>23</sup>), des kirchlichen Arbeitsrechts,<sup>24</sup> des innerkirchlichen Rechtsschutzes.<sup>25</sup>

Darüber hinaus findet auch die der Religionsfreiheit im öffentlichen Raum geltende Rechtsprechung aller übrigen Gerichte, allen voran des *Bundesverwaltungsgerichts* keine Berücksichtigung. Und dies, obwohl sich an Letzterer in ganz bemerkenswerter Weise ein just durch die religiös-weltanschauliche Pluralisierung und Fragmentierung beförderter Wandel in Fragen religiöser Bezüge in der Schule ablesen lässt. In den 2000er-Jahren vollzieht namentlich der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts eine Neubestimmung des Schulmandats gemäß Art. 7 Abs. 1 GG, die sich, erstens, in der Betonung des schulischen Integrationsmandats neben den beiden herkömmlichen Mandatsbestandteilen „Bildung“ und „Erziehung“ äußert, damit einhergehend, zweitens, in der Neubewertung einzelner Unterrichtsfächer (wie etwa des Sportunterrichts) und sonstiger schulischer Veranstaltungen (wie etwa Klassenfahrten) – eben nicht mehr nur oder primär nach Bildungs-, sondern auch nach Integrationsrelevanz – niederschlägt und, drittens, schließlich zu einer deutlich restriktiveren Ausnahmepraxis führt. Wer das Urteil zum „koedukativen Schwimmunterricht“ aus dem Jahre 1993<sup>26</sup> und das 20 Jahre jüngere Urteil in Sachen „Burkini“ nebeneinanderlegt,<sup>27</sup> wird sehr schnell die Neuakzentuierung in Gestalt der Abkehr von einer ehemals relativ großzügigen Ausnahmepraxis erkennen. Auf dieser Linie liegen, um nur zwei weitere Entscheidungen zu nennen, die Urteile des 6. Senats zum „Gebet von Schülern im Schulflur“ aus dem Jahre 2011<sup>28</sup> und in Sachen „Krabat“ aus dem Jahre 2013.<sup>29</sup>

<sup>21</sup> BVerfGE 102, 370 ff. – Zeugen Jehovas I [2000]; 139, 321 ff. – Zeugen Jehovas II [2015].

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 125, 39 ff. – Ladenöffnungszeiten im Advent [2009].

<sup>23</sup> Jüngst BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 2016 – 1 BvR 458/10 – Karfreitagschutz [2016], in: JZ 2017, mit Anm. *Christian Hillgruber*.

<sup>24</sup> Vgl. nur BVerfGE 137, 273 ff. – wiederverheirateter Chefarzt [2014]; BVerfGE 140, 42 ff. – Dritter Weg [2015].

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 111, 1 ff. – Justizgewähr bei kirchlichen Maßnahmen [2004]; ergänzend BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 9. Dezember 2008 – 2 BvR 717/08 –, BVerfGK 14, 485 ff.

<sup>26</sup> BVerwGE 94, 82 ff. – koedukativer Schwimmunterricht [1993].

<sup>27</sup> BVerwGE 147, 362 ff. – Burkini [2013]; die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde ist vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen worden: BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 8. November 2016 – 1 BvR 3237/13 – Burkini.

<sup>28</sup> BVerwGE 141, 223 ff. – Gebet auf Schulflur [2011].

<sup>29</sup> BVerwG, Urteil vom 11. September 2013 – 6 C 12/12 – Krabat [2013], in: NVwZ 2014, S. 237 ff.

Mit Rücksicht darauf, dass das Bundesverfassungsgericht bislang noch nicht mit der Frage befasst worden ist, werden wir uns, last but not least, auch nicht näher mit der *Beschneidungsdebatte* befassen. Doch lassen Sie mich, nicht zuletzt, weil die Veranstalter die Knabenbeschneidung in den Titel unseres heutigen Panels aufgenommen haben, dazu einige wenige pointierte Sätze sagen,<sup>30</sup> habe ich doch damit die Gelegenheit zu unterstreichen, dass es für die Positionierung des Staates zu religiösen Bezügen nicht eine grundrechtliche Eine-für-alles-Lösung gibt – und dies schon deswegen nicht, weil nicht in allen Konstellationen das Grundrecht der Religionsfreiheit im wahrsten Sinne des Wortes maßgebend ist. Aus verfassungsrechtlicher Sicht spielt die Religionsfreiheit sowohl des Kindes als auch (und erst recht) jene der Eltern nur eine nachgeordnete, man könnte sagen: akzessorische Rolle. Selbst das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit ist im Lichte der hier entscheidenden Elternverantwortung nach Art. 6 Abs. 2 GG zu betrachten. Soweit nämlich die Eltern sich mit ihrer Entscheidung für eine Kindesbeschneidung innerhalb ihrer Verantwortung bewegen, nehmen sie das Selbstbestimmungsrecht des Kindes über dessen Körper wahr; rechtlich relevante Spannungen zwischen Kindeswohl und Kindesrecht treten also nicht auf. Beeinträchtigen die Eltern hingegen durch ihre Entscheidung das Kindeswohl, bewegen sie sich infolgedessen außerhalb des Schutzbereichs von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, tritt das staatliche Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG auf den Plan. Auch insoweit fehlt es an einer – durch Herstellung praktischer Konkordanz zu lösenden – Kollisionslage zwischen Elternrecht und Kindesgrundrecht(en). Verfassungsrechtlich ausschlaggebend ist demnach, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen sei es der Akt der Beschneidung selbst, seien es dessen körperliche und/oder seelische Folgen als kindeswohlgefährdend qualifiziert werden können. § 1631d BGB scheint mir hier, bei mancher Kritik im Detail, einen durchaus validen, sprich: verfassungskonformen Weg eingeschlagen zu haben.

### III. Dreh- und Angelpunkte des Diskurses

Doch lassen Sie uns nun zu einigen Weichenstellungen des Diskurses über die Zulässigkeit religiöser Bezüge in der Schule – genauer natürlich: von Lehrkräften eingebrachten religiösen Bezügen – kommen. Dem gegebenen Format geschuldet, greife ich folgende vier Stichworte heraus – wohl wissend, dass damit anderes wie beispielsweise die Frage von Grundrechtseingriffen durch bloße Konfrontation, das Konzept des Schulfriedens oder die (Un-)Zulässigkeit eines *privilegium christianum*<sup>31</sup> an den Rand der Aufmerksamkeit gedrängt wird: nämlich (1) das Verständnis staatlicher Neutralität, (2) die Alternative von konkreter und abstrakter

<sup>30</sup> Näher dazu: *Matthias Jestaedt*, Knabenbeschneidung – Gottes Werk oder Teufels Beitrag? Anmerkungen eines Verfassungsrechtlers, in: *Freiburger Universitätsblätter* Heft 201 (3. Heft 2013), S. 95 ff.

Gefährdung, (3) den „Funktionsvorbehalt für die Grundrechtsausübung durch Beamte“ sowie (4) die Beschränkung des Diskurses auf das bloße Tragen eines Kopftuches.

## 1. Staatliche Wahlfreiheit zwischen exkludierender und inkludierender Neutralität?

Einer der markantesten Gegensätze zwischen der Entscheidung des Zweiten und jener des Ersten Senats besteht, so zumindest eine verbreitete Lesart, in der unterschiedlichen Positionierung der Spruchkörper zur Frage, ob dem Staat – genauer: dem jeweils zuständigen Gesetzgeber – bei der konkreten Ausprägung der Neutralität eine Art Wahlrecht<sup>32</sup> zwischen offener und übergreifender (im Folgenden: inkludierender) Neutralität einer- und distanzierender (im Folgenden: exkludierender) Neutralität andererseits zustehe. Anlass dazu dürfte das bereits genannte Zitat des Zweiten Senats gewesen sein, dass „der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel [ergänze: für den Landesgesetzgeber] Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule sein“ könne.<sup>33</sup> Es möge, führt der Senat aus, „gute Gründe dafür geben, der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine striktere und mehr als bisher distanzierende Bedeutung beizumessen und demgemäß auch durch das äußere Erscheinungsbild einer Lehrkraft vermittelte religiöse Bezüge von den Schülern grundsätzlich fern zu halten, um Konflikte mit Schülern, Eltern oder anderen Lehrkräften von vornherein zu vermeiden.“<sup>34</sup> Der Erste Senat hingegen sieht oder nennt demgegenüber nicht ausdrücklich einen Spielraum, gar ein Wahlrecht; das klingt dann so: „Die dem Staat gebotene weltanschaulich-religiöse Neutralität ist [...] nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung.“<sup>35</sup> Das Sondervotum der Richter *Schluckebier* und *Hermanns* zum Beschluss des Ersten Senats macht sich die Aussage des Zweiten Senats zu Gunsten einer „striktere[n] und mehr als bisher distanzierende[n] Bedeutung“ der staatlichen Neutralitätspflicht zu eigen – freilich bezeichnenderweise ohne die auf den Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse abstellenden Passagen zu zitieren.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Dazu der Reihe nach BVerfGE 138, 296 (336 f. Rn. 104 f., 338 ff. Rn. 108 ff., 346 ff. Rn. 123 ff.) – Kopftuch II [2015]. Eine eingehende, auch und gerade diese Aspekte kritisch würdigende Besprechung der Kopftuch II-Entscheidung bei *Sacksosfsky*, Kopftuch (o. Fn. 20), S. 801 ff.; vgl. ergänzend *Volkmann*, Dimensionen (o. Fn. 20), S. 1083 ff.

<sup>32</sup> Dazu prononciert: *Stefan Huster*, Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität – Gehalt und Grenzen, 2004, S. 14 ff.; *ders.*, Gleichheit (o. Fn. 3), S. 218 ff., bes. 224, und 226 ff.

<sup>33</sup> BVerfGE 108, 282 (309 Rn. 64) – Kopftuch I [2003].

<sup>34</sup> BVerfGE 108, 282 (310 Rn. 66) – Kopftuch I [2003].

<sup>35</sup> BVerfGE 138, 296 (339 Rn. 110) – Kopftuch II [2015].

<sup>36</sup> BVerfGE 138, 296, 359 (362 f. Rn. 6 f.) – Kopftuch II [2015].

Ähnlich sind manche Landesgesetzgeber verfahren, als sie sich anschickten, schulgeseztliche Verbotstatbestände für das Tragen religiös konnotierter Kleidungsstücke im Schuldienst zu erlassen.

Eine genauere Lektüre beider Judikate relativiert indes den relativ schroff erscheinenden Gegensatz. Denn der im Beschluss des Ersten Senats aufscheinende Satz, der gleichsam als Beweis für die ausnahmslose Option zugunsten der inkludierenden Neutralitätsvariante gilt, findet sich wortgleich bereits im zwölf Jahre älteren Urteil des Zweiten Senats.<sup>37</sup> Der Zweite Senat kennzeichnet dieses – unter Zitierung einschlägiger Leitentscheidungen – als das „bisherige [...] Verständnis des Verhältnisses von Staat und Religion, wie es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seinen Niederschlag gefunden hat“.<sup>38</sup> Der Landesgesetzgeber könne aber „das zulässige Maß religiöser Bezüge“ im Sinne der exkludierenden Neutralität als Reaktion auf den „mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene[n] gesellschaftliche[n] Wandel“<sup>39</sup> und ein damit einhergehendes „größeres Potenzial möglicher Konflikte in der Schule“<sup>40</sup> neu bestimmen. Nicht unähnlich in der Sache verfährt der Erste Senat. Denn auch er bleibt nicht bei der bedingungslosen Option für die inkludierende Neutralität stehen: Vielmehr sieht er bei entsprechend „substantziellen Konfliktlagen“ Spielraum für den Schulgesetzgeber, äußere religiöse Bekundungen im Schulalltag auf der Linie einer exkludierenden Neutralität zu verbieten: „Wird in bestimmten Schulen oder Schulbezirken aufgrund substantieller Konfliktlagen über das richtige religiöse Verhalten bereichsspezifisch die Schwelle zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität in einer beachtlichen Zahl von Fällen erreicht, kann ein verfassungsrechtlich anzuerkennendes Bedürfnis bestehen, äußere religiöse Bekundungen nicht erst im konkreten Einzelfall, sondern etwa für bestimmte Schulen oder Schulbezirke über eine gewisse Zeit auch allgemeiner zu unterbinden.“<sup>41</sup> Der Übergang von der inkludierenden zur exkludierenden Neutralität ist also im Wesentlichen an Schwere und Ausmaß der Konfliktlagen gekoppelt, die sich mit religiös-weltanschaulichen Bekundungen in der Schule verbinden.

In der eigentlichen Argumentationsstruktur, insbesondere also im Rechtfertigungsgefälle zugunsten der inkludierenden und zulasten der exkludierenden Neutralität,<sup>42</sup> besteht folglich zwischen den Senaten keine Divergenz, sondern

<sup>37</sup> BVerfGE 108, 282 (300 Rn. 43) – Kopftuch I [2003].

<sup>38</sup> BVerfGE 108, 282 (300 Rn. 44) – Kopftuch I [2003].

<sup>39</sup> BVerfGE 108, 282 (309 Rn. 64) – Kopftuch I [2003].

<sup>40</sup> BVerfGE 108, 282 (310 Rn. 65, s. ergänzend 312 Rn. 69) – Kopftuch I [2003].

<sup>41</sup> BVerfGE 138, 296 (341 f. Rn. 114) – Kopftuch II [2015].

<sup>42</sup> *Hans Michael Heinig* (Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität? Zwei verfehlt Alternativen in der Debatte um den herkömmlichen Grundsatz religiös-weltanschaulicher Neutralität, in: JZ 2009, S. 1136 [1138, 1140]) spricht gleichsinnig von einer „Regelvermutung [des Grundgesetzes] zugunsten einer offen-kooperativen wechselseitigen Zugewandtheit von Staat und Religionsgemeinschaften“ sowie von einer „normative[n] Präferenz [des Grundgesetzes] für eine offen-kooperative Ausgestaltung des Verhältnisses von Staat und Religionsgemeinschaften“.

Konkordanz. Das überrascht auch nicht weiter, spiegelt sich darin doch eine grundrechtliche Rechtfertigungslogik: Nimmt der Staat einen Bereich in seine „Vorsorge“,<sup>43</sup> spricht: konstituiert er ein Sonderstatusverhältnis mit entsprechenden Freiheitseinschränkungen wie für die Schüler in der Schule, den Strafgefangenen im Strafvollzug oder den Beamten im öffentlichen Dienst, so muss er grundsätzlich den Grundrechtsträgern jene Freiheitsbereiche wieder öffnen („zurückgeben“), die er für die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institution – Schule, Strafvollzug, öffentlicher Dienst – nicht beansprucht, in diesem Sinne nicht „benötigt“. Die „Grundrechtsofferte“,<sup>44</sup> die der Staat dem Schüler, dem Strafgefangenen, dem Beamten unterbreitet, ist daher aus Sicht des Staates ein im Grundsatz nicht freiwilliges, sondern aus Gründen der Erforderlichkeit, des milderen Mittels pflichtiges Angebot. Davon darf er nur absehen, wenn andernfalls die Funktionsfähigkeit seiner Institution in Frage steht oder aber (Grund-)Rechte Dritter das verlangen. Dass sich all dies in aller Regel nicht im schroffen Alles-oder-Nichts-(Alternativ-)Modus zwischen inkludierender und exkludierender Neutralität vollzieht, sondern im Mehr-oder-Weniger-(Kombinations-)Modus mit fließenden, Regel- und Ausnahmefall gleichermaßen berücksichtigenden Übergängen, sei nur der Vollständigkeit halber hinzugesetzt.

## 2. Abstrakte und konkrete Gefahr – oder: Ohne Rücksicht auf den Einzelfall?

Am deutlichsten tritt der Unterschied der beiden Entscheidungen verbaliter bei der Frage zutage, ob ein gesetzliches Verbot für Lehrkräfte, religiöse oder weltanschauliche Bezüge in Schule und Unterricht einzubringen, auf der Grundlage auch einer bloß abstrakten oder nur bei Vorlage einer konkreten Gefahr vor der Religionsfreiheit der Lehrkraft zu rechtfertigen sei.<sup>45</sup> Der Erste Senat spricht sich in seinem 2015er-Beschluss klar gegen die erste und für die zweite Auffassung aus: Ein Verbot auf der Basis einer „bloß abstrakten Eignung zur Gefährdung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität“ erweist sich „jedenfalls als unverhältnismäßig im engeren Sinne, wenn dieses Verhalten nachvollziehbar auf ein als verpflichtend verstandenes religiöses Gebot zurückzuführen ist“,<sup>46</sup> erforderlich sei eine „hinreichend konkrete Gefährdung oder Störung“.<sup>47</sup> Demgegenüber äußert sich der Zweite Senat dahin, dass im zu entscheidenden Fall „für eine konkrete Ge-

<sup>43</sup> Vgl. stellvertretend BVerfGE 138, 296 (339 Rn. 111) – Kopftuch II [2015]: der „vom Staat in Vor-sorge genommene Bereich der Schule“.

<sup>44</sup> Zu Sache und Begriff: *Josef Isensee*, Verfassung als Erziehungsprogramm?, in: Wolfgang Brügge-mann/Josef Isensee/Lothar Theodor Lempfer/Dieter Löwisch, Wertbezogene Erziehung: Auf der Suche nach pädagogischer Erneuerung, 1983, S. 22 (35).

<sup>45</sup> Es lassen sich zwei Dreiklänge formulieren, die indes jeweils keinen zwingenden Konnex markie-ren, nämlich exkludierende Neutralität – generelle Regelung (generelles Verbot) – abstrakte Gefahr ei-nerseits und inkludierende Neutralität – individuelle Regelung – konkrete Gefahr andererseits.

<sup>46</sup> BVerfGE 138, 296 (335 Rn. 101) – Kopftuch II [2015].

<sup>47</sup> BVerfGE 138, 296 (341 Rn. 113, 114) – Kopftuch II [2015].

fährdung des Schulfriedens durch das Auftreten der Beschwerdeführerin mit Kopftuch [...] keine greifbaren Anhaltspunkte sichtbar geworden“ seien, „für ein mit der Abwehr abstrakter Gefährdungen begründetes Verbot für Lehrkräfte, in Schule und Unterricht ein Kopftuch zu tragen, [...] die im Land Baden-Württemberg geltende beamten- und schulrechtliche Gesetzeslage [jedoch] nicht“ ausreiche.<sup>48</sup> Die weiteren Ausführungen des Senats konzentrieren sich dann auf die – wie das Sondervotum eindrücklich belegt: unter den Richtern sehr streitige – Frage nach der Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes in Gestalt des Parlamentsvorbehalts. Im Zentrum steht die These, dass die Antwort auf „gewandelte Verhältnisse“, die gegebenenfalls nach einer strikteren, d. h. exkludierenden Neutralitätsausprägung, verlangen, nicht von der Exekutive und Judikative gegeben werden dürfe, sondern dem „demokratisch legitimierten Landesgesetzgeber“ vorbehalten sei.<sup>49</sup>

Die Landesgesetzgeber, die daraufhin Verbotsregelungen in ihre Schul- oder Beamtenengesetze einfügten, verstanden die Ausführungen des Zweiten Senats dahin, dass „gewandelte Verhältnisse“ ausreichten, ein mit der Abwehr bloß abstrakter Gefährdungen begründetes Verbot gesetzlich einzuführen; auch das zur Entscheidung des Ersten Senats ergangene Sondervotum schließt sich dieser Lesart an. Das Urteil von 2003 muss indes nicht zwingend in diesem Sinne verstanden werden; es spricht sogar mehr dafür, die Darlegungen des Zweiten Senats anders zu deuten. Denn unter welchen näheren materiellen Voraussetzungen der Gesetzgeber ein auf eine bloß abstrakte Gefährdung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität fußendes Verbot an Lehrkräfte richten darf, führt der Senat gar nicht aus; das wird auch im Sondervotum der Richter *Jentsch*, *Di Fabio* und *Mellinghoff* als Fehlstelle moniert.<sup>50</sup> Dass eine recht pauschale und generelle Bezugnahme auf „gewandelte Verhältnisse“ ohne weitere Detaillierung und Spezifizierung ausreiche, spricht der Zweite Senat also nicht nur nicht ausdrücklich aus; sein Bestehen auf einer „hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage“<sup>51</sup> deutet vielmehr in eine andere, zugegebenermaßen im Urteil selbst nicht ausgeführte Richtung.

Aber auch hier sei – wie schon in Bezug auf die Frage des Neutralitätsverständnisses – davor gewarnt, die allzu groben Schematisierungen – exkludierend versus inkludierend, abstrakt versus konkret – für trenn- und parzellenscharfe dogmatische Alternativrubrizierungen mit zwingenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen zu halten. Das liegt nicht nur daran, dass es – jenseits von Typisierungen bei Massengeschäften – regelungstechnische Übergangs- und Kombinationsphänomene gibt; so wäre in Gestalt eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ein an die abstrakte Gefährlichkeit religiöser Bekundungen anknüpfende Untersagung

<sup>48</sup> BVerfGE 108, 282 (307 Rn. 58) – Kopftuch I [2003].

<sup>49</sup> BVerfGE 108, 282 (310 Rn. 66) – Kopftuch I [2003].

<sup>50</sup> BVerfGE 108, 282, 314 (314 Rn. 75 und 336 Rn. 131 f.) – Abweichende Meinung der Richter *Jentsch*, *Di Fabio* und *Mellinghoff* zu Kopftuch I [2003].

<sup>51</sup> BVerfGE 108, 282 (309 Rn. 61 – Hervorhebung nicht im Original) – Kopftuch I [2003].

denkbar, bei der im Einzelfall der „Gegenbeweis“ geführt,<sup>52</sup> also die fehlende Gefährlichkeit *in concreto* belegt werden könnte, oder aber auch eine Widerspruchslösung, welche sich an der bayerischen Schulkreuz-Regelung gemäß Art. 7 Abs. 4 BayEUG orientierte.<sup>53</sup> Wichtiger aber noch ist unter grundrechtlichen Gesichtspunkten, ob ein Verbot statuiert werden darf, bei dem die – über das Vorliegen des Merkmals, an welches die abstrakte Gefährlichkeit anknüpft, hinausgehende – Umstände des konkreten Einzelfalles überhaupt keine Rolle spielen. Grundsätzlich kann ein Grundrechtseingriff nur dann und dadurch gerechtfertigt werden, wenn und dass sich in dem betreffenden Fall die Gefahr für das Rechtsgut aktualisiert hat, zu dessen Gunsten das in Rede stehende Grundrecht eingeschränkt wird. Eine weitergehende Rechtfertigung kommt nur dann in Betracht, wenn entweder Gefahrenphänomene massenhaft oder doch wenigstens gehäuft bzw. typischerweise auftreten oder wenn die Verweisung auf eine Feststellung einer konkreten Gefahr die Wirksamkeit – man mag auch hier von Funktionsfähigkeit sprechen – der dem Rechtsgüterschutz dienenden Gefahrenabwehr in anderer Weise in Frage stellt; vorausgesetzt ist dabei immer, dass das den Eingriff rechtfertigende Schutzgut in seiner Wertigkeit nicht hinter der Rechtsposition zurücksteht, in die eingegriffen wird. Grund und Grenze für ein Abgehen von der konkreten Rechtsgütergefährdung und damit für ein Genügen einer abstrakten Rechtsgütergefährdung bilden also in Sonderheit die Schwierigkeit, in jedem betroffenen Fall festzustellen, ob eine konkrete Gefahr vorliegt oder nicht, und die daraus resultierende drohende Ineffizienz des Rechtsgüterschutzes. Das Erweislichkeitsproblem kann, wie gesagt, seinen Grund in der Häufigkeit der Konstellation haben oder aber in schwierigen Einschätzungs- und Prognoselagen. Ersteres wird für kopftuchtragende Lehrerinnen nicht ernstlich in Erwägung gezogen werden können. Letzteres hingegen schon; das dem Beschluss des Ersten Senats beigegebene Sondervotum des Richters *Schluckebier* und der Richterin *Hermanns* spricht insoweit von „Befunderhebungs- und Beweisführungsproblemen“ in der Schulpraxis.<sup>54</sup> Doch bevor ich darauf eingehe, sei eine weitere unterschiedliche Akzentsetzung in den verfassungsgerichtlichen Voten angesprochen.

### 3. Asymmetrische Grundrechtskonstellation – oder: Funktionsvorbehalt für die Grundrechtsausübung durch Beamte

Beide Senate sehen sich in den jeweiligen Sondervoten dem Vorwurf ausgesetzt, die Grundrechtsposition der Lehrkräfte über- und jene von Schülern und deren

<sup>52</sup> Dazu nachfolgend unter 3.

<sup>53</sup> Zu letzterer: *Hans Michael Heinig/Martin Morlok*, Von Schafen und Kopftüchern. Das Grundrecht auf Religionsfreiheit in Deutschland vor den Herausforderungen religiöser Pluralisierung, in: JZ 2003, S. 777 (784 f.).

<sup>54</sup> BVerfGE 138, 296, 359 (369 Rn. 16) – Abweichende Meinung des Richters *Schluckebier* und der Richterin *Hermanns* zu Kopftuch II [2015].

Eltern unterbewertet zu haben, und zwar dadurch, dass die Sondersituation der gleichzeitig „fremde“ Staatsgewalt und eigene Grundrechte ausübenden Lehrkraft nicht hinreichende Berücksichtigung gefunden habe. Besonders prononciert und elaboriert findet sich der Hinweis auf die „funktionelle Begrenzung des Grundrechtsschutzes für Beamte“<sup>55</sup> oder auch auf den „Funktionsvorbehalt für Grundrechtsansprüche der Beamten im Dienst“<sup>56</sup> in der abweichenden Meinung der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff*. Dieser „Strukturunterschied“<sup>57</sup> im Grundrechtsschutz von Beamten führe dazu, dass sich der Gesetzgeber hier „keine[r] offene[n] Abwägungssituation gleichwertiger Rechtsgüter“ gegenübersehe.<sup>58</sup> Beamte – nebenbei: auf den Status kommt es nicht an, sondern darauf, dass Staatsgewalt ausgeübt wird – hören zwar auch im Dienst nicht auf, als Personen Grundrechtsträger zu sein, müssen aber in ihrem mit der Ausübung von Staatsgewalt verbundenen Verhalten den Bindungen, darunter insbesondere den Grundrechtsbindungen, gerecht werden, denen der Staat unterliegt. „Grundrechtliche Freiheitsansprüche eines Beamten oder des Bewerbers um ein öffentliches Amt sind deshalb von vornherein nur insoweit gewährleistet, als sie mit [den] Sachgesetzlichkeiten [des Öffentlichen Dienstes] vereinbar sind.“<sup>59</sup>

Ob damit sämtliche Schlussfolgerungen, die das Sondervotum der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* daraus zieht, zwingend oder doch wenigstens tragfähig sind, erscheint mir demgegenüber alles andere als ausgemacht; indes mag das im hier gegebenen Rahmen dahinstehen. Wichtig und richtig scheint mir der Hinweis darauf zu sein, dass sich Einschränkungen von Grundrechtsausübung bei Gelegenheit der Ausübung von Staatsgewalt wegen der Rechtsbindungen der Staatsgewalt einerseits und deren Funktionsfähigkeit andererseits häufiger und leichter rechtfertigen lassen als Grundrechtseinschränkungen im klassischen, reinen Gegenüber von Grundrechtsverpflichtetem und Grundrechtsberechtigtem. Man könnte insoweit vergleichend von einer Asymmetrie im Grundrechtsschutz sprechen: während das Grundrechtsversprechen zugunsten des „normalen“ Privaten gleichsam unbelastet ist, ist jenes zugunsten des Staatsgewalt ausübenden Grundrechtsträgers mit deren Bindungen belastet. Das erübrigt freilich, um Missverständnisse auszuschließen, weder eine Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen zulasten von Beamten – insbesondere gibt es keine Veranlassung, deren auf den Schutzbereich der Grundrechte zielende „uneingeschränkte Grundrechtsberechti-

<sup>55</sup> BVerfGE 108, 282, 314 (315 Rn. 76) – Abweichende Meinung der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* zu Kopftuch I [2003].

<sup>56</sup> BVerfGE 108, 282, 314 (317 Rn. 82) – Abweichende Meinung der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* zu Kopftuch I [2003].

<sup>57</sup> BVerfGE 108, 282, 314 (316 Rn. 79) – Abweichende Meinung der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* zu Kopftuch I [2003].

<sup>58</sup> BVerfGE 108, 282, 314 (315 Rn. 76) – Abweichende Meinung der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* zu Kopftuch I [2003].

<sup>59</sup> BVerfGE 108, 282, 314 (317 Rn. 82) – Abweichende Meinung der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* zu Kopftuch I [2003].

gung<sup>60</sup> in Frage zu stellen –, noch bedeutet diese Belastungs-Asymmetrie, dass im Konfliktfalle die Grundrechtsposition der Lehrkraft stets jener von Schülern und/oder Eltern zu weichen hätte. Insofern ist namentlich dem Ersten Senat in seiner Grundrechtsprüfung zuzustimmen.

Aber die Asymmetrie kann als Rechtfertigung dafür erhalten, in Situationen, in denen, was das Vorliegen von Rechtsgutsgefährdungen anlangt, sich „Befunderhebungs- und Beweisführungsprobleme“<sup>61</sup> auftun, diese Unsicherheiten zulasten des Grundrechtsträgers gehen zu lassen, der seine Grundrechte bei der Ausübung von Staatsgewalt verwirklichen will. Hier schließt sich der Kreis zu den vorhergehenden Erwägungen: Der Landesgesetzgeber könnte also ein an das abstrakte Gefährdungspotenzial religiöser Bekundungen in der Schule anknüpfendes Verbot für Lehrkräfte erlassen, das allerdings unter dem Vorbehalt steht, dass sich eine Gefährdung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität nicht *in concreto* ausschließen lässt. Das Risiko der *Nichterweislichkeit* könnte der Gesetzgeber – mit Rücksicht auf den „Funktionsvorbehalt für Grundrechtsansprüche der Beamten im Dienst“<sup>62</sup> – der Lehrkraft aufbürden.

Dem von Schulen und Schulverwaltungen vorgetragenen, aus deren Sicht gut nachvollziehbaren Wunsch nach einer einheitlich-generellen gesetzlichen Regelung, die Einzelfallentscheidungen vor Ort gänzlich erübrigte,<sup>63</sup> kann von Grundrechts wegen nicht Rechnung getragen werden.<sup>64</sup> Mit der vorgeschlagenen Regelung könnte aber nicht unerhebliches Konfliktpotenzial von den Schulen, die im Übrigen die Einzelfallentscheidungen ja nicht selbst treffen müssten, ferngehalten werden.

#### 4. Das bloße Tragen eines Kopftuches

Um nicht Fehleinschätzungen zu erliegen, ob und wieweit der Staat von Grundrechts wegen (berechtigt und) verpflichtet ist, seinen Staatsdienern die Grundrechtsausübung im Dienst zu gestatten, sei daran erinnert, dass sämtliche verfas-

<sup>60</sup> Vgl. BVerfGE 108, 282, 314 (319 Rn. 87) – Abweichende Meinung der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* zu Kopftuch I [2003].

<sup>61</sup> BVerfGE 138, 296, 359 (369 Rn. 16) – Abweichende Meinung des Richters *Schluckebier* und der Richterin *Hermanns* zu Kopftuch II [2015].

<sup>62</sup> BVerfGE 108, 282, 314 (317 Rn. 82) – Abweichende Meinung der Richter *Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff* zu Kopftuch I [2003].

<sup>63</sup> Dazu *Christine Langenfeld*, Fängt der Streit um das Kopftuch jetzt erst an? Anmerkungen zur 2. Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: *ZevKR* 60 (2015), S. 420 (428 f. m. w. N.).

<sup>64</sup> Wie hier etwa auch *Christian Walter/Antje von Ungern-Sternberg*, Verfassungswidrigkeit des nordrhein-westfälischen Kopftuchverbots für Lehrerinnen, in: *DÖV* 2008, S. 488 (491 f.). – Dass dies „zu einer uneinheitlichen Bewertung der von einem Kopftuch ausgehenden Gefahr führen“ könnte (so die Befürchtung bei *Langenfeld*, Streit [o. Fn. 63], S. 429), ist nicht eine ungewollte Nebenwirkung, sondern just Intention dieses Ansatzes, denn die für die grundrechtlichen Abwägungsüberlegungen relevante „Gefahr“ ist nicht kontextinvariant, sondern abhängig vom konkreten Kontext und damit differenziert zu bestimmen.

sungsgerichtliche Voten ausschließlich einer einzigen – als Sozialhilferechtler würde man vielleicht sagen: ausgesprochen niederschweligen – Konstellation gelten: nämlich einer von einer Lehrkraft (bzw. Erzieherin) ausgehenden religiösen Bekundung in Gestalt des bloßen Tragens eines Kleidungsstücks (oder Accessoires) in einem Bereich, in dem der Staat keinen Grund dafür gesehen hat, seinen Bediensteten aus Funktionsgründen eine bestimmte, uniformierende Dienstkleidung vorzuschreiben. In Rede steht also „lediglich“ eine nonverbale optische Konfrontation, die, wie im Falle der Schule, für die betroffenen Schüler und Eltern zwar unausweichlich sein mag, die aber als solche, d. h. ohne das Hinzutreten weiterer Umstände, die Erledigung der – hier: pädagogischen – Dienstgeschäfte einschließlich der Einhaltung der dienstrechtlichen Mäßigungs-, Hingabe- und Uneigennützigkeitsgebote nicht behindert.<sup>65</sup>

Anders sieht es von Neutralitäts- und Grundrechts wegen aus, sobald es nicht isoliert um das Tragen eines islamischen Kopftuchs geht, sondern dieses Teil und Mittel eines umfassenderen Missionierungsverhaltens ist, oder um das Tragen einer auch das Antlitz der Lehrkraft verbergenden Burka. In derlei Fällen ist das geordnete Schulverhalten – und zwar auch unbeschadet, ob Schüler oder Eltern insoweit einen grundrechtsgestützten Widerspruch erheben – nicht mehr möglich und der Staat um der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Schule willen gehalten, derartiges Verhalten zu unterbinden. Grundrechtseinschränkungen zulasten der Lehrkraft zu rechtfertigen, bereitet dann grundsätzlich keine Probleme.<sup>66</sup>

Ein Letztes: Dass eine auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abstellende verfassungsrechtliche Bewertung dazu führen mag, dass das bloße Tragen eines muslimischen Kopftuchs durch eine Lehrkraft bei schulischen Veranstaltungen *in concreto* nicht verboten werden darf, schließt nicht aus, dass die Schulbehörde in Bezug auf die Frage der (erstmaligen oder fortbestehenden) Eignung der betreffenden Lehrerin die konkrete Art und Weise, mit der diese ihr Festhalten am Kopftuch vertritt, daraufhin befragt, ob es nicht ein belastbares Indiz dafür ist, dass die Lehrkraft künftig und in anderen Zusammenhängen intransigent oder provozierend, ohne rechtes Verständnis für die religiös-weltanschauliche Neutralität der öffentlichen Schule oder die Ansichten von Schülern und Eltern auftreten wird und damit nicht die Gewähr für eine Amtsführung bietet, die den Rechtsbindungen der freiheitlich-demokratischen Staatsgewalt Vorrang vor persönlichen religiös-weltanschaulichen Präferenzen einräumt. Daran erinnert das Sondervotum der Richter *Jentsch*, *Di Fabio* und *Mellinghoff* mit Recht.<sup>67</sup> Allerdings markiert das Nichtablegen des Kopftuchs im Unterricht hier lediglich ein widerlegliches Indiz, nicht mehr.

<sup>65</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei BVerfGE 108, 282 (308 Rn. 60) – Kopftuch I [2003].

<sup>66</sup> Vgl. dazu auch *Langenfeld*, Streit (o. Fn. 63), S. 423 f.; *Sacksofsky*, Kopftuch (o. Fn. 20), S. 805 f.

<sup>67</sup> BVerfGE 108, 282, 314 (327 Rn. 107, s. a. 333 Rn. 121) – Abweichende Meinung der Richter *Jentsch*, *Di Fabio* und *Mellinghoff* zu Kopftuch I [2003].

#### IV. Neutralität im Dienste oder anstelle der Religionsfreiheit?

Ich komme zum Schluss. Um den eingangs zitierten Satz des Zweiten Senats noch einmal aufzugreifen: Gewiss kann der „mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel [...] Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule [ergänze: und auch sonst im öffentlichen Raum] sein“.<sup>68</sup> Doch wird sich diese Neubestimmung im Zweifel nicht durch eine große – meinetwegen unter den Gesetzgebern von Bund und Ländern konzertierte – gesetzgeberische Entscheidung herbeiführen lassen, durch die die allgemeine, für alle gleiche Regel wieder in ihr Recht gesetzt wird. Es sind namentlich die hier involvierten Individualgrundrechte, die einem schnellen und fundamentalen Umschwung aus einem Guss im Wege stehen. Sie fordern eine immer wieder sich auf den Einzelfall, die spezifische Gestaltung, die konkreten Bedürfnisse einlassende, tastend vorwärtsschreitende Behandlung, die mit den vom Bundesverfassungsgericht bislang geprägten Formeln und Formen allerdings ein im Großen und Ganzen gut gefülltes Argumentations- und Entscheidungsarsenal zur Bewältigung der neuen Herausforderungen vorfindet. Die mit diesem operativen Klein-Klein verbundene Unübersichtlichkeit und Langatmigkeit strapazieren gewiss die Erwartungen und Wünsche nach Orientierungssicherheit, Orientierungsklarheit und Orientierungsschnelligkeit. Die Remedur kann indes nicht darin gefunden werden, der angeblich „völlig verfehlten Logik eines hypertrophen Konkretismus subjektiver Rechtsansprüche“<sup>69</sup> oder dem vermeintlichen „grundrechtlichen Rigorismus“<sup>70</sup> dadurch entgegenzuwirken, dass das Neutralitätsprinzip in dem Sinne aufgewertet wird, dass ein ihm entsprechendes staatliches Handeln vor den Grundrechten, namentlich der Religionsfreiheit, bereits seiner Neutralität wegen gerechtfertigt wäre.<sup>71</sup> Das hieße, die Neutralität des Staates gegen die Religionsfreiheit des Einzelnen auszuspielen. Anders herum wird meines Erachtens ein Schuh daraus: Die Neutralität des Staates tritt nicht an die Stelle der

<sup>68</sup> BVerfGE 108, 282 (309 Rn. 64) – Kopftuch I [2003].

<sup>69</sup> So *Horst Dreier*, *Unter dem Kreuz?*, in: FAZ Nr. 290 vom 12. Dezember 2016, S. 6 (letzte Spalte am Ende).

<sup>70</sup> So *Langenfeld*, *Streit* (o. Fn. 63), S. 432.

<sup>71</sup> In diese Richtung aber der von *Dreier* in seinem Beitrag (vorstehend Fußn. 69, 1. Spalte) eigens genannte *Stefan Huster*, *Endlich: Abschichtung statt Abwägung. Neues zum Verhältnis von schulischem Erziehungsauftrag und elterlichem Erziehungsrecht*, DÖV 2014, 860 ff. – Das staatsgerichtete Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität (oder auch Nichtidentifikation) figuriert in der Dogmatik der Freiheitsgrundrechte als Element der Eingriffsrechtfertigung, näherhin: als Prüfstein für die Legitimität des Eingriffszwecks; mit der Feststellung, dass der Eingriffszweck neutral (nichtidentifizierend, nichtdiskriminierend) sei, ist indes (im besten Falle) nur die 1. Stufe des vierstufigen Rechtfertigungsrahmens der Verhältnismäßigkeit (legitimer Zweck – Eignung – Erforderlichkeit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) genommen. Schulmäßig praktiziert in BVerfGE 124, 300 (321 ff., insbes. 331 ff. [legitimer Zweck], 335 ff. [Eignung], 337 [Erforderlichkeit], 337 ff. [Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne]) – *Wunsiedel* [2009] – dort am Beispiel der „Meinungsneutralität“.

Religionsfreiheit, sondern ihr, sie schützend und stützend, zur Seite. Der Weg, grundrechtliche Freiheits(- und Gleichheits)ansprüche und staatliche Neutralitätspflichten und Funktionsnotwendigkeiten stets von Neuem und differenziert zu arrangieren, erweist sich als die einer freiheitlich-demokratischen Ordnung adäquate Form des nicht an ein – gar bestimmtes – Endziel kommenden Prozesses des *trial and error*.