



Universität Hamburg

UHH Fachbereich Rechtswissenschaft
Edmund-Siemers-Allee 1, ESA West, 20146 Hamburg

Herrn
Ole Schmidt
Bildungsausschuss
Schleswig-Holsteinischer Landtag

**Fachbereich
Rechtswissenschaft**

**Seminar für Öffentliches
Recht und Staatslehre**

Dr. Silke Ruth Laskowski

Wissenschaftliche Assistentin

**Geschäftsführerin der
Forschungsstelle für
Rechtsfragen der internationalen
Migration**

Tel.: 040-42838-6545
Fax.: 040-42838-6280
Sekretariat :040-42838-5653
E-mail: s-laskowski@jura.uni-hamburg.de

17.05.04

**Stellungnahme zum sog. „Kopftuchurteil“ des
Bundesverfassungsgerichtes und zum
Fragenkatalog Drs. 15/3008**

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 15/4463**

Sehr geehrter Herr Schmidt,

anbei übersende ich Ihnen meine Stellungnahme zu dem Fragenkatalog. Wie Sie sehen, hat sich die Stellungnahme zu einem kleinen Gutachten entwickelt. Ich wäre gerne noch auf einige Fragen näher eingegangen, aus Zeitgründen ist es mir aber nicht möglich gewesen. Ich hoffe, die Stellungnahme, bei der mich meine jungen Kollegen Jan-Hendrik Dietrich und Mesut Ocak unterstützt haben, hilft bei der anstehenden Entscheidungsfindung des Parlaments.

Sollte sich das Parlament zur Einführung eines Gesetzes entschließen, rate ich sehr zu einer verständlichen Formulierung unter strikter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Bezug auf alle Religionen.

Ich erlaube mir, einen Aufsatz, den ich kurz nach der Kopftuch-Entscheidung des BVerfG veröffentlicht habe (KJ 2003, 420), beizufügen, in dem ich auf den rechtlichen Rahmen künftiger gesetzlicher „Kopftuch-Regelungen“ näher eingehe.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Dr. Silke R. Laskowski

Dr. Silke Ruth Laskowski

Geschäftsführerin der Forschungsstelle
für Rechtsfragen der internationalen Migration
an der Universität Hamburg
Fachbereich Rechtswissenschaft

E-mail: s-laskowski@jura.uni-hamburg.de

Stellungnahme zu dem Fragenkatalog - Drs.
15/3008 (Antrag der Fraktion der CDU)

14. Mai 2004

Inhaltsverzeichnis

A. FRAGE 1.....	1
I. Das neue Schulgesetz für Baden-Württemberg.....	1
II. Verfassungsrechtliche Probleme.....	2
1. § 38 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 SchulG BW - Bestimmtheitsgebot ?.....	2
a) Zu § 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW: Grundregel.....	3
b) Zulässiges Neutralitätskonzept im Sinne „vorsorgender Neutralität“.....	3
c) Klarheit und Bestimmtheit der Norm ?.....	5
aa) Zu § 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW.....	5
bb) Die Bezugnahme auf § 38 Abs. 2 Satz 2 SchulG BW.....	6
2. § 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW: Privilegierung christlicher Werte und Traditionen.....	9
a) Verstoß gegen Art. 33 Abs. 3 GG.....	9
b) Keine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht.....	9
3. Zwischenergebnis:.....	16
III. Europäisches Gemeinschaftsrecht: Verstoß gegen die Richtlinie 2000/78/EG (RL 2000/43/EG und 2002/73/EG i.V.m. 76/207/EWG)	16
1. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung	18
2. Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierung kopftuchtragender Lehrerinnen	19
a) Rechtfertigung gem. Art. 2 Abs. 2 b) i) RL 2000/78/EG	19
b) Rechtfertigung gem. Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG.....	19
3. Keine Rechtfertigung der direkten Diskriminierung anderer Religionsangehöriger durch direkte Privilegierung von Angehörigen der christlichen Religion nach Art. 4 Abs. 1 RL20	

IV. Zu dem Gesetzentwurf des Landes Niedersachsen	21
V. Zu dem Gesetzentwurf des Freistaates Bayern	21
B. FRAGE 2.....	21
C. FRAGE 3.....	22
D. FRAGE 4.....	22
E. FRAGE 5.....	22
F. FRAGE 6.....	22
G. FRAGE 7.....	22
H. FRAGE 8.....	23
I. FRAGE 9.....	23
I. Verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Implikationen	24
II. Frauenpolitische Implikationen.....	24
III. Migrationspolitische Aspekte	26
IV. Woran sollte sich Schleswig-Holstein orientieren?	28
J. FRAGE 10:	28
K. FRAGE 11: (-).....	28

L. FRAGE 12: (-)	28
M. FRAGE 13 (-)	28
N. FRAGE 14:	29
O. FRAGE 15: VGL. OBEN ZU FRAGE 1 UND FRAGE 9.....	29
P. FRAGE 16: (-)	29
Q. FRAGE 17:	29

Frage 1

Halten Sie die vorliegenden Gesetzesentwürfe aus Bayern, Baden-Württemberg und Niedersachsen für verfassungsgemäß?

Ja, im Grundsatz. Zur Begründung unten I. .

Verfassungswidrig sowie gemeinschaftsrechtswidrig ist jedoch die Privilegierung christlicher Zeichen und Bekundungen (z. B. § 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW). Zur Begründung unten I.

Das neue Schulgesetz für Baden-Württemberg

Das BVerfG hat in seinem „Kopftuch“-Urteil vom 24.09.2003 – Az: 2 BvR 1436/02 - nicht ausgeschlossen, dass das „Einbringen religiöser oder weltanschaulicher Bezüge in Schule und Unterricht durch Lehrkräfte“, also auch ein aus religiösen Gründen während des Unterrichts von einer Lehrperson getragenes Kopftuch, die Möglichkeit einer Gefährdung der Schulkinder oder eines Konfliktes mit den Eltern enthalte und daher - als abstrakte Gefahr – als Eignungsmangel für den Schuldienst in öffentlichen Schulen gewertet werden könne. Allerdings – so lange wegen des Kopftuchtragens keine konkrete Gefahr für verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter bestehe, sei es für die Annahme eines Eignungsmangels oder die Verletzung beamtenrechtlicher Pflichten erforderlich, eine entsprechende Dienstpflicht durch ein formelles Gesetz zu normieren.

Offen gelassen wurde, welchen genauen Inhalt eine solche gesetzliche Dienstpflicht haben muss, da insoweit der parlamentarische Gesetzgeber gefordert ist. Das BVerfG hat aber den Maßstab vorgegeben:

- Zwischen allen betroffenen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern – Glaubensfreiheit der Lehrer/-innen (Art. 4 GG „pos. Religionsfreiheit“) sowie der betroffenen Schüler/-innen (Art. 4 GG „neg. Religionsfreiheit“), das Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 GG) sowie die Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität (Art. 33 Abs. 3 GG „obj. Wertentscheidung“) - hat eine Abwägung stattzufinden, deren Ergebnis „für alle zumutbar“ sein muss (Herstellung praktischer Konkordanz unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes)¹
- Des Weiteren ist das Diskriminierungsverbot aus Art. 33 Abs. 3 GG zu beachten, so dass nach der Rspr. des BVerfG *„die Einführung einer Dienstpflicht, die es Lehrern verbietet, in ihrem äußeren Erscheinungsbild ihre Religionszugehörigkeit erkennbar zu machen, (...) in verfassungsmäßiger – u. a. mit Art. 33 Abs. 3 GG vereinbar – Weise nur*

¹ BVerfG, Ur. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Orientierungssatz 5.

*(dann) begründet und durchgesetzt werden kann, wenn Angehörige unterschiedlicher Religionsgemeinschaften dabei gleich behandelt werden.*²

Das Schulgesetz ist in Baden-Württemberg durch das Änderungsgesetz vom 1. April 2004 (GBl. S. 397) geändert worden. Der neu gefasste § 38 SchulG BW („Lehrkräfte“) weicht von dem ursprünglichen Entwurf, der diesem Fragenkatalog beilag, ab. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf § 38 SchulG BW n. F. Rechtlich problematisch erscheint vor allem § 38 Abs. 2 SchulG BW, der für Lehrkräfte in Baden-Württemberg eine neue Dienstpflicht regelt (sowohl für beamtete als auch solche im Angestelltenverhältnis, vgl. § 38 Abs. 3, § 38 Abs. 5 SchulG BW). Darauf beziehen sich die folgenden Ausführungen.

Verfassungsrechtliche Probleme

§ 38 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 SchulG BW - Bestimmtheitsgebot ?

Problematisch ist die Formulierung des § 38 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 SchulG BW im Hinblick auf das *verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot*. Ob dieses in der gebotenen Weise beachtet wurde, erscheint fraglich. Insofern gilt: Der Gesetzgeber hat bei der Formulierung gesetzlicher Regelungen die aus dem *Rechtsstaatsprinzip* folgenden *Gebote der Rechtsklarheit und Bestimmtheit* von Verfassungswegen zu beachten.³ Das *Gebot der Rechtsklarheit* fordert die *inhaltliche* Klarheit von Normen, d. h. deren Widerspruchsfreiheit⁴, das Nichtverschleiern ihres Regelungsgehalts,⁵ ihre Verständlichkeit für die Adressaten/-innen und rechtsanwendenden Instanzen⁶ und das Aufweisen praktikabler Merkmale.⁷ Ein Gesetz, das sich an (bestimmte) Bürger und Bürgerinnen richtet, muss die für sie eintretenden Rechtsfolgen und deren Voraussetzungen zuverlässig erkennen lassen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können.⁸

Dementsprechend hat das BVerfG in der o. g. Entscheidung klar gestellt, Dienstpflichten, deren Erfüllung vom Bewerber bzw. von der Bewerberin für ein öffentliches Amt im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG – hier: Lehramt - erwartet wird, „*müssen gesetzlich hinreichend bestimmt sein und die durch die Grundrechte des Bewerbers gesetzten Grenzen beachten*“.⁹

Im Hinblick auf das *Gebot der Normenklarheit* bzw. das rechtsstaatliche *Bestimmtheitsgebot* ergeben sich folgende Überlegungen:

² BVerfG, NJW 2003, 3111 (Orientierungssatz 4.), 3112, 3115 f.

³ Dazu ausführlich *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl. (2003), Art. 20 Rn. 125 ff.

⁴ BVerfGE 1, S. 14, 17; 25, S. 216, 227; BVerfG, NJW 1998, 2341, 2346 f.

⁵ BVerfGE 17, 306, 318.

⁶ BVerfGE 14, 13; 47, 239, 247.

⁷ BVerfGE 25, 216, 226f.; 78, 205, 212; *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl. (2003), Art. 20 Rn. 125.

⁸ Im Einzelnen kommt es auf die Bedeutung insb. grundrechtsrelevanter Konsequenzen an, vgl. BVerfGE 31, S. 255, 267; 37, S. 132, 142; 59, S. 104, 114; *Sachs*, in *Sachs*, GG 2. Aufl., Art. 20 Rn. 130.

⁹ So ausdrücklich BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Rz. 35.

Zu § 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW: Grundregel

§ 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW regelt als Grundregel¹⁰ eine allgemeine Dienstpflicht für alle Lehrkräfte an öffentlichen Schulen in Baden-Württemberg und verbietet, in der Schule politische, religiöse, weltanschauliche oder ähnliche äußere Bekundungen abzugeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören.

§ 38 Abs. 2 Satz 1 lautet:

- *„Lehrkräfte an öffentlichen Schulen nach § 2 Abs. 1 dürfen in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußere Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören.“*

Zulässiges Neutralitätskonzept im Sinne „vorsorgender Neutralität“

Mit dieser grundsätzlichen Verbotsregelung hat der baden-württembergische Gesetzgeber bestimmt, wie das Verhältnis zwischen Staat und Religion im Bereich der Schule prinzipiell aussieht.¹¹ Er hat sich für das Neutralitätskonzept der *vorsorgenden religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates* entschieden und ist insoweit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts - *BVerwG*¹² - und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - *EGMR*¹³ - gefolgt ist. Die verfassungsrechtliche *Neutralitätspflicht des Staates* wird danach als „vorsorgende Neutralität“ verstanden, die ein von religiösen Einflüssen möglichst befreites Schulwesen zugrunde legt.¹⁴ Danach sind *„Kinder in öffentlichen Pflichtschulen ohne jegliche Parteinahme des Staates und der ihn repräsentierenden Lehrkräfte für christliche Bekenntnisse wie für andere religiöse und weltanschauliche Überzeugungen zu unterrichten und zu erziehen (und) durch einen Unterricht in einem Umfeld religiöser Neutralität von vornherein vor unzulässigen Einwirkungen“* zu schützen.¹⁵

Für dieses Neutralitätskonzept sprechen auch nach Auffassung des *BVerfG* angesichts der gewachsenen religiösen Vielfalt in der Gesellschaft „gute Gründe“:

¹⁰ So auch die Formulierung von *Kirchhof*, Öffentl. Anhörung zu den Gesetzentwürfen zur Änderung des Schulgesetzes am 12.03.2004 im Landtag BW, S. 9.

¹¹ Dies entspricht der Vorgabe des *BVerfG*: „Eine Regelung, die Lehrern untersagt, äußerlich dauernd sichtbar ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft oder Glaubensrichtung erkennen zu lassen, ist Teil der Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Religion im Bereich der Schule.“, *BVerfG* v. 24.09.2003, Az: 2 BvR 1436/02, Rz. 65.

¹² *BVerwG*, NJW 2002, 3244, 3245 f..

¹³ *EGMR*, NJW 2001, 2871.

¹⁴ *BVerwG*, NJW 2002, 3244; *EGMR*, NJW 2001, 2871; vgl. auch *BVerfGE* 93, 1, 21 („Kruzifix“); *BVerwGE* 109, 40, 48.

¹⁵ *BVerwG*, NJW 2002, 3244, 3245 f.

- „ ... ist die beschriebene Entwicklung auch mit einem größeren Potenzial möglicher Konflikte in der Schule verbunden. Es mag daher 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.“¹⁶

Hinzuweisen ist aber darauf, dass die gesetzgeberische Wahl des eher distanzierenden, „vorsorgenden Neutralitätskonzepts“ nicht zwingend ist.¹⁷ Wie das BVerfG in seiner Entscheidung hervorhebt, ist die dem Staat obliegende religiös-weltanschauliche Neutralität nach dem bisherigen Verständnis nämlich nicht im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen (wie in *laizistischen* Staaten, z. B. Frankreich), sondern im Sinne einer offenen, die Glaubensfreiheit aller Bekenntnisse gleichermaßen fördernden Haltung (sog. *hinkende* oder *unvollständige Trennung*, Konzept der freundschaftlichen Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften).¹⁸ In dieser Offenheit bewahre der Staat des GG seine religiöse und weltanschauliche Neutralität.¹⁹

Nur der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle angemerkt, dass prinzipiell auch das zum Teil in Literatur und Rechtsprechung zuvor bereits vertretene „*realitätsnahe Neutralitätskonzept*“²⁰ in Betracht kommt, das auch in der „Kopftuch“-Entscheidung des BVerfG anklingt, wo es heißt, die „gewachsene religiöse Vielfalt in der Gesellschaft“ könne auch in den Bereich der Schule aufgenommen werden, um dadurch gegenseitige Toleranz einzuüben und letztlich einen Integrationsbeitrag zu leisten.²¹ Insoweit könnten alle in der Gesellschaft

¹⁶ BVerfG, UrT. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Rz. 65.

¹⁷ Dies hebt auch Böckenförde in seiner Stellungnahme in der Anhörung hervor, S. 64 f.; dazu näher Laskowski, Der Streit um das Kopftuch geht weiter, KJ 2003, 420, 433 f.

¹⁸ „Die dem Staat gebotene religiös-weltanschauliche Neutralität ist (...) nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung zu verstehen. (...) Der Staat darf lediglich keine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten politischen, ideologischen oder weltanschaulichen Richtung betreiben oder sich durch von ihm ausgehende oder ihm zuzurechnende Maßnahmen ausdrücklich oder konkludent mit einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Weltanschauung identifizieren und dadurch den religiösen Frieden in einer Gesellschaft von sich aus zu gefährden.“ Dieses Verständnis des Verhältnisses von Staat und Religion gelte auch für den „vom Staat in Vorsorge genommenen Bereich der Pflichtschule“. Auch hier seien „christliche Bezüge (...) daher bei der Gestaltung der öffentlichen Schule nicht schlechthin verboten; die Schule muss aber auch für andere weltanschauliche und religiöse Inhalte und Werte offen sein.“, BVerfG, UrT. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Rz. 43, 44.

¹⁹ BVerfG, UrT. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Rz. 43.

²⁰ So Britz, KJ 2003, 95, 97; in diesem Sinne auch VG Lüneburg, NJW 2001, 767.

²¹ Ausdrücklich heißt es in dem Urteil: „Dies müsste nicht die Verleugnung der eigenen Überzeugung bedeuten, (...), Toleranz, die sich nicht als nivellierender Ausgleich versteht. Es ließen sich deshalb Gründe dafür anführen, die zunehmende religiöse Vielfalt in der Schule aufzunehmen und als Mittel für die Einübung von gegenseitiger Toleranz zu nutzen, um so einen

vorhandenen religiösen Bekenntnisse prinzipiell auch auf Seiten der Lehrpersonen zugelassen werden.²² Das *BVerfG* sieht für beide Neutralitätskonzepte „gute Gründe“ und stellt es dem (Landes-) Gesetzgeber insoweit frei, eines von beiden zu wählen und seiner Gesetzgebung zugrunde zu legen.²³

Fazit: Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der eine Dienstpflicht für Lehrer/-innen regelnde Gesetzgeber das Konzept der „vorsorgenden Neutralität“ zugrunde legt – wie hier § 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW.

Klarheit und Bestimmtheit der Norm ?

Der Gesetzgeber hat bei der Formulierung gesetzlicher Regelungen die aus dem *Rechtsstaatsprinzip* folgenden *Gebote der Rechtsklarheit und Bestimmtheit* von Verfassungswegen zu beachten.²⁴ Die geregelte Dienstpflicht muss daher hinreichend bestimmt sein, damit sich diejenigen, an die sich die Dienstpflicht richtet, ihr Verhalten danach einrichten können (dazu ausführlich oben).

Ob die in § 38 Abs. 2 Satz 1 in Zusammenhang mit Satz 2 SchulG BW geregelte Dienstpflicht dem Bestimmtheitsgebot entspricht, erscheint m. E. problematisch, lässt sich aber in einer bestimmten Auslegungsvariante wohl bejahen. Im Einzelnen:

Zu § 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW

Keine Bedenken bestehen gegen die Regelung des § 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW. Die Formulierung enthält zwar eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen, dies allein führt jedoch noch nicht zur Verfassungswidrigkeit der Norm. Nach der Rspr. des *BVerfG* sind Rechtsvorschriften (nur) so genau zu fassen, „*wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.*“²⁵ Unbestimmte, auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe sind daher regelmäßig zulässig, ebenso Generalklauseln.²⁶ Entscheidend ist, dass die äußeren Grenzen des Spielraums abgesteckt sind und damit die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung der Einhaltung der Grenzen gegeben ist.²⁷ Das Bestimmtheitsgebot ist erst dann verletzt, wenn eine willkürliche Handhabung durch die Behörden ermöglicht wird.²⁸

§ 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG sanktioniert „politische“, „religiöse“ und „ähnliche äußere Bekundungen“ und erfasst damit alle denkbaren Verhaltensweisen, durch die der politische oder religiöse Bezug nach außen deutlich zum Ausdruck

Beitrag in dem Bemühen um Integration zu leisten.“, *BVerfG*, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Rz. 65.

²² So bereits VG Lüneburg, Urt. v. 16.10.2000 - 1 A 98/00 -, NJW 2001, 767; *Britz*, KJ 2003, 95, 97.

²³ *BVerfG*, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Rz. 65, 66.

²⁴ Dazu ausführlich *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl. (2003), Art. 20 Rn. 125 ff.

²⁵ *BVerfGE* 93, 213, 238; vgl. auch *BVerfGE* 87, 234, 263.

²⁶ *BVerfGE* 87, 234, 263 f.; 56, 1, 12.

²⁷ *BVerfGE* 20, 150, 158; 21, 73, 78 ff..

²⁸ *BVerfGE* 80, 137, 161.

gebracht wird.²⁹ Sofern auch „ähnliche“ Bekundungen erfasst werden, müssen diese den politischen und religiösen Bekundungen aber qualitativ gleichwertig sein. Es ist gesetzlich zwar nicht klar definiert, was genau als „äußere Bekundung“ erfasst wird. Der Begriff bietet hier einen weiten Raum zur Interpretation. Letztlich wird es aber wohl mit Hilfe der Gesetzesmaterialien (Entw-Begr.: „alle Äußerungen und jegliches Verhalten, z. B. verbale Äußerungen, Kleidungsstücke, Plaketten“³⁰) und der übrigen Auslegungstopoi jedenfalls durch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte bestimmt werden.

Auch soweit auf die „Eignung“ der o. g. Bekundungen abgestellt wird, die Neutralität des Landes gegenüber Schülern und Eltern oder aber den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören, bestehen keine Bedenken. Der Begriff der Neutralität des Landes lässt sich unter Bezugnahme auf die staatliche Neutralitätspflicht zu interpretieren, die nach dem zugrunde gelegten Konzept der „vorsorgende Neutralität“ entspricht (s. o.). Der Begriff „Schulfrieden“ geht auf die Formulierung des BVerfG in der Kopftuch-Entscheidung zurück und insoweit ebenfalls interpretationsbedürftig (s. o.).

Die „Eignung“ kann nur als „objektive Eignung“ verstanden werden, so wie es das BVerfG in der „Kopftuch“-Entscheidung formuliert: maßgeblich ist (im Hinblick auf das Kopftuch) der „objektive Empfängerhorizont“.³¹ Insoweit sind „alle denkbaren Möglichkeiten“, wie eine der o. g. Bekundungen verstanden werden kann, zu berücksichtigen. Letztlich wird auch insoweit die nähere Bestimmung der Norm erst durch die Exekutive und dann – im Streitfall - durch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte erfolgen. Die Norm erscheint insoweit zwar recht weit gefasst, dadurch verstößt sie aber m. E. nicht gegen das Bestimmtheitsgebot.

Die Bezugnahme auf § 38 Abs. 2 Satz 2 SchulG BW

Zweifel ergeben sich aber durch die Bezugnahme auf Satz 2, der § 38 Abs. 2 Satz 1 offenbar konkretisieren soll („insbesondere“).

§ 38 Abs. 2 Satz 2 SchulG BW regelt, dass „insbesondere“ ein solches „äußeres Verhalten“ einer Lehrperson unzulässig ist, „welches bei Schülern oder Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrkraft gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung der Menschen nach Artikel 3 des Grundgesetzes oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt.“

In Satz 2 versteckt sich das eigentliche Kopftuchverbot, wie der an der Erarbeitung des § 38 SchulG BW beteiligte Prof. *Kirchhof* in der öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf am 12.03.2004 hervorhob: „Das ist natürlich, wie man so etwas salopp sagt, der „Kopftuchsatz“: dass ein äußeres Verhalten unzulässig ist, „welches bei Schülern oder Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine

²⁹ Vgl. dazu die Erläuterung zu „bekunden“ in DUDEN, Band 10, Das Bedeutungswörterbuch 2. Aufl. 1985.

³⁰ Landtag BW, Drs. 13/2793, S. 7.

³¹ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Rz. 53.

Lehrkraft gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung der Menschen“ usw. verstößt.“³²

Aus dem Wortlaut des § 38 Abs. 2 Satz 2 SchulG BW ergibt sich das Kopftuchverbot m. E. jedoch keinesfalls so ohne Weiteres. Um aus dieser Formulierung das Kopftuchverbot herauszulesen, bedarf es einer entsprechenden Interpretation, die sich nicht ohne Weiteres aufdrängt.

Zudem: Anders als die Regelung des § 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW („äußere Bekundungen (...), die geeignet sind (...“), knüpft Satz 2 *nicht* an die *objektive Eignung* des äußeren Verhaltens der Lehrperson an, den Eindruck hervorzurufen, gegen die Menschenwürde etc. aufzutreten, wie vom BVerfG gefordert („objektiver Empfängerhorizont“³³), sondern an den *subjektiven Eindruck* von Schülern/-innen und Eltern. Zudem reicht es aus, dass „bei Schülern und Eltern“ der bloße Eindruck hervorgerufen werden „*kann*“ – d. h., bei Eltern und Schüler/-innen muss nicht tatsächlich der Eindruck entstanden sein, die betreffende Lehrkraft trete durch ihr Verhalten gegen die Menschenwürde etc. ein.

Insoweit bestehen Bedenken in zweifacher Hinsicht.

Zum einen bezüglich der Bezugsgruppe „Schüler und Eltern“. Hier ist völlig unklar, wer gemeint ist: allgemein alle Schüler/-innen öffentlicher Schulen in Baden-Württemberg und deren Eltern oder nur alle Schüler/-innen und deren Eltern einer bestimmten (betroffenen) öffentlichen Schule oder aber nur alle Schüler/-innen und deren Eltern einer bestimmten (betroffenen) Klasse einer bestimmten öffentlichen Schule in Baden-Württemberg. Der Wortlaut lässt hier alle Auslegungsvarianten zu. Allerdings dürfte sich auch diese Frage letztlich durch eine an Wortlaut, Historie, Gesetzssystematik und Sinn und Zweck der Regelung orientierte Auslegung durch die Rechtsprechung klären lassen.

Schwerer wiegt, dass § 38 Abs. 2 Satz 2 SchulG BW ein äußeres Verhalten sanktioniert, dessen rechtliche Bewertung offenbar von dem subjektiven Eindruck einer (unbestimmten) Gruppe von Schülern/-innen und Eltern abhängig gemacht wird, die laienhaft und subjektiv beurteilt, ob eine Lehrperson gegen die normativen Begriffe der „Menschenwürde“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG, „Gleichberechtigung der Menschen nach Art. 3 GG“, „Freiheitsgrundrechte“ im Sinne des Grundgesetzes oder die „freiheitlich-demokratische Grundordnung“ auftritt.

Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass etwa der Rechtsbegriff „Menschenwürde“ schon in der juristischen Literatur als sehr schwer definierbar gilt, so dass zumeist auf einen Beispielskatalog zurückgegriffen wird, um deutlich zu machen, wann die Menschenwürde als verletzt bezeichnet werden kann. Hier dürfte das Laienverständnis von Schülern/-innen und Eltern schlicht überfordert sein, ein

³² So *Kirchhof*, Öffentl. Anhörung zu den Gesetzentwürfen zur Änderung des Schulgesetzes am 12.03.2004 im Landtag BW, S. 11: „Das ist natürlich, wie man so etwas salopp sagt, der „Kopftuchsatz“: dass ein äußeres Verhalten unzulässig ist, „welches bei Schülern oder Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrkraft gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung der Menschen“ usw. verstößt.“

³³ BVerfG, Ur. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Rz. 53.

angemessenes Begriffsverständnis zu entwickeln. Dies dürfte auch für die anderen Begriffe gelten („freiheitlich-demokratische Grundordnung“ etc.)

Abgesehen davon werden die subjektiven Eindrücke von Eltern und Schülern/-innen geprägt sein durch persönliche Vorlieben oder Abneigungen gegenüber bestimmten Personen. Unter diesen emotionalen Einstellungen können sich z. B. auch Ausländer- und Fremdenfeindlichkeit, Rassismus, Antisemitismus oder Frauenfeindlichkeit und sonstige, im Hinblick auf die objektive Wertordnung des Grundgesetzes verfassungsrechtlich abzulehnende persönliche Einstellungen finden. Subjektive Einstellungen von Eltern und Schülern/-innen auf diese Weise ungefiltert zum Maßstab dafür zu machen, ob das äußere Verhalten einer Lehrperson zulässig oder unzulässig ist – sie also gegen ihre Dienstpflicht gem. § 38 Abs. 2 S. 1 SchulG BW verstößt – bringt sie in ein starkes Abhängigkeitsverhältnis zu Eltern und Schüler/-innen. Dadurch wird auch eine Hintertür für die Einflussnahme verfassungswidriger Einstellungen eröffnet, die auf diese Weise rechtliches Gewicht erlangen können. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die subjektiven Vorstellungen von Schülern/-innen und Eltern von den Lehrkräften allenfalls erahnt werden können. Sie werden also nur über bestehende oder vermeintliche Schüler- bzw. Elternvorstellung spekulieren und sich angesichts dieser Vagheit nicht wirklich darauf einstellen können.

Insgesamt betrachtet erscheint § 38 Abs. 2 Satz 2 SchulG BW daher *dann nicht* mit dem Gebot der Normklarheit (Bestimmtheitsgebot) vereinbar zu sein, wenn auf den subjektiven Eindruck von Schülern/-innen und Eltern abgestellt wird. Dann ließe die Regelung für Lehrer/-innen nicht hinreichend erkennen, aufgrund welchen Verhaltens sie den Eindruck hervorrufen könnten, gegen die Menschenwürde etc. aufzutreten und damit gegen die neu eingeführte Dienstpflicht zu verstoßen.

Die Wahrung des Bestimmtheitsgebots erscheint m. E. *nur dann* möglich, wenn die Bezugnahme auf die Gruppe von Eltern und Schülern/-innen nicht subjektiv, sondern ebenso wie in Satz 1 auch im Sinne des „objektiven Empfängerhorizonts“ verstanden wird. Dann ist maßgeblich, ob bei objektiver, verständiger Betrachtung ein äußeres Verhalten insbesondere bei Schülern/-innen und Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrkraft gegen die Menschenwürde etc. auftritt. So verstanden, erscheint auch Satz 2 einer richterlichen Überprüfung zugänglich. Allerdings bleibt auch für die Gerichte die – ihnen aber bekannte - Schwierigkeit bestehen, den „objektiven Empfängerhorizont“ zu ermitteln. Letztlich wird ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot wohl verneint werden können.

§ 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW: Privilegierung christlicher Werte und Traditionen

Die Privilegierung christlicher Werte und Traditionen - durch die auch entsprechende Kleidung und Symbole erfasst werden - in § 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW, verstößt gegen Art. 33 Abs. 3 GG.³⁴

Verstoß gegen Art. 33 Abs. 3 GG

Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Dienstpflicht, die es Lehrern/-innen verbietet, in ihrem äußeren Erscheinungsbild ihre Religionszugehörigkeit erkennbar werden zu lassen – - vgl. § 38 Abs. 2 Satz 1 SchulG BW - dann ist diese Dienstpflicht, so das *BVerfG* ausdrücklich, nur dann mit **Art. 33 Abs. 3 GG** zu vereinbaren, „wenn Angehörige unterschiedlicher Religionsgemeinschaften dabei gleich behandelt werden.“³⁵

Dies folgt aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 33 Abs. 3 GG (sowie Art. 3 Abs. 3 GG). Nach Art. 33 Abs. 3 Satz 2 GG darf niemand wegen der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnis oder einer Weltanschauung ein Nachteil erwachsen. Art. 33 Abs. 3 GG richtet sich in erster Linie gegen eine Ungleichbehandlung, die unmittelbar an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion anknüpft.³⁶

§ 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW lautet:

„Die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags nach Art. 12 Abs. 1, Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg und die entsprechende Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen widerspricht nicht dem Verhaltensgebot nach Satz 1.“

Dadurch, dass die Darstellung christlicher Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen von dem Verhaltensverbot des Satzes 1 ausdrücklich ausgenommen werden, werden in direkter Anknüpfung an die christliche Religion deren Angehörige gegenüber den Angehörigen anderer Religionen bevorzugt. Anders gewendet: alle anderen Religionsangehörigen werden benachteiligt.

Keine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht

Beeinträchtigungen des Art. 33 Abs. 3 GG können nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.³⁷

³⁴ In diesem Sinne auch *Böckenförde*, Anhörung S. 75: „Es geht oder es kann generell verboten werden. Aber es muss für alle gleich sein.“

³⁵ *BVerfG*, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Rz. 71.

³⁶ *BVerfG*, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Rz. 39.

³⁷ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. Art. 33 Rn. 27.

Eine Ungleichbehandlung der unterschiedlichen Religionen und die entsprechende Darstellung ihrer Bildungs- und Kulturwerte und Traditionen ließe sich daher nur dann rechtfertigen, wenn dies durch andere Verfassungsnormen gerechtfertigt werden könnte.

Ein Rückgriff auf Art. 4 GG unter dem Gesichtspunkt der geschützten Religionen scheidet aus, da Art. 4 GG sich nicht nur auf die christliche Religion bezieht. Das BVerfG und die h. M. gehen vielmehr von einem *weiten Religionsbegriff* i. S. v. Art. 4 GG aus, der auch Minderheitenreligionen umfasst. Kennzeichnend ist der transzendente Bezug des religiösen Glaubens.³⁸ Insofern werden alle Religionsgemeinschaften erfasst. Eine prochristliche – oder gar antimuslimische – Auslegungsmaxime für das Grundgesetz besteht auch unter Berücksichtigung der Präambel („Verantwortung vor Gott“) nicht.³⁹ Es ist dem religiös-weltanschaulich neutralen Staat zudem verwehrt, Glauben und Lehre einer Religionsgemeinschaft als solcher zu bewerten.⁴⁰ Dem religiös-weltanschaulichen Staat ist es daher auch verwehrt, bestimmte Bekenntnisse zu privilegieren.⁴¹

Im Hinblick darauf erscheint es problematisch, ob Regelungen in *Landesverfassungen*, die eindeutig auf die *christliche Religion* abstellen und ihre Bevölkerung darauf verpflichten wollen - so wie Art. 1 Abs. 1 Verf. BW, wonach „*der Mensch (...) berufen (ist), (...) seine Gaben (...) in der Erfüllung des christlichen Sittengesetzes zu seinem und der anderen Wohl zu entfalten*“ -, mit der Wertordnung des Grundgesetzes in Einklang stehen. Nach der Rspr. des BVerfG sind solche Formulierungen für den Schulbereich nur insoweit verfassungsgemäß, als sie gerade nicht auf den religiösen Charakter des Christentums abstellen, sondern lediglich auf seinen Charakter als „prägender Kultur- und Bildungsfaktor“. ⁴² Ob aber z. B. das Nonnen-Habit, das nach Satz 3 weiterhin erlaubt sein soll, losgelöst von seinem religiösen Bezug betrachtet werden kann, weil es angeblich nur ein „historisches Privileg“ darstelle, das „durch die Tradition geschützt“ aber „nicht als Ausdruck der individuellen Religion“ zu verstehen sei, erscheint wenig überzeugend. ⁴³

³⁸ Kokott, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. (2003), Art. 4 Rn. 17.

³⁹ Allgemeine Ansicht, vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl, Präambel Rn. 3; Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band II, 1998, Präambel Rn. 18 ff.; so ausdrücklich auch Battis/Bultmann, Gutachten zu den Folgen des Kopftuchurteils im Auftrag der SPD-Fraktion des Landtages NRW, Januar 2004, S. 16.

⁴⁰ Maßgeblich ist das tatsächliche Verhalten, BVerfGE 102, 370, 397 („Zeugen Jehovas“); Kokott, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. (2003), Art. 4 Rn. 5.

⁴¹ BVerfGE 19, 206, 216; Kokott, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. (2003), Art. 4 Rn. 5.

⁴² BVerfGE 93, 1, 23; 41, 65, 79 ff. („christliche Gemeinschaftsschule“).

⁴³ Nicht überzeugend erscheinen insoweit die Ausführungen von Kirchhof zu der Frage, warum das Kopftuch nach § 38 Abs. 2 verboten, das Nonnen-Habit aber nach Satz 3 weiterhin erlaubt bleiben soll. Er sieht darin kein christliches, sondern lediglich „ein historisches Privileg“. Ausdrücklich: „*Das Nonnenhabit ist natürlich zulässig, weil es einer historischen Gestaltung entspricht. (...) Wenn wir durch Ulm oder Freiburg gehen, dann beherrscht das Stadtbild ein Kirchenbau. Das ist kein Tempel, das ist kein Bethaus, das ist keine Moschee. Das ist eine christliche Kirche...*“. Und weiter: „... ist das Nonnenhabit eine Frage unserer Tradition...“, „...Nonnenhabit ja, weil es durch die Tradition geschützt ist, aber nicht als Ausdruck der individuellen Religion.“, Öffentl. Anhörung zu den Gesetzentwürfen zur Änderung des Schulgesetzes am 12.03.2004 im Landtag BW, S. 81, 83. Dazu sei die Bemerkung erlaubt, dass Tradition an sich kein verfassungsrechtlich geschützter Wert ist und Tradition in der Vergangenheit vielfach Ursache von Ungerechtigkeiten war – z. B. auch im Verhältnis zwischen Männern und Frauen. In Bezug auf die fehlenden Moscheen sei darauf hingewiesen, dass diese durchaus real vorhanden sind, jedoch nicht in prächtigen Bauten untergebracht, sondern überwiegend in

Jedenfalls aber vermag die Bezugnahme in § 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW auf die christliche Orientierung der Landesverfassung BW nicht die Benachteiligung von Angehörigen anderer Religionen zu rechtfertigen. Das Landesrecht, auch die Landesverfassung, hat die Wertordnung des Grundgesetzes zu beachten. Eine prochristliche Auslegungsmaxime für Grundrechtsfreiheiten und das staatliche Neutralitätsgebot, die dem Grundgesetz nicht zu entnehmen ist, kann daher nicht durch die Hintertür durch Bezugnahme auf Regelungen der Landesverfassung eingeführt werden. Dies folgt auch aus Art. 31 GG und Art. 1 Abs. 3 GG: Normen des Landesrechts, die mit dem Grundgesetz kollidieren, sind nichtig.⁴⁴

Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus dem Passus in der Entscheidung des *BVerfG*, wonach der Gesetzgeber die konfessionelle und religiöse Verwurzelung der Bevölkerung berücksichtigen kann. Dieser Passus steht in Zusammenhang mit der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Frage, ob die Gestaltung eher in einem stärkeren oder aber geringeren Maße religiös-weltanschaulich geprägt sein soll – also eine Frage des Neutralitätskonzepts. Zwar ist die nähere Ausgestaltung dem Gesetzgeber überlassen, dies bedeutet aber nicht – wie *Böckenförde* zutreffend formuliert hat⁴⁵ –, dass dadurch etwa ein „*Dispens von der strikten Gleichbehandlung aller Religionsgemeinschaften und Bekenntnisse*“ gerechtfertigt werden könnte. Dies ergibt sich deutlich aus der „Kopftuch“-Entscheidung des *BVerfG* selbst⁴⁶, im Übrigen aus Art. 33 Abs. 3 (und Art. 3 Abs. 3) GG.

Zu erörtern bleibt schließlich die Frage, ob als kollidierendes Verfassungsrecht, das eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte, *Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot zwischen Mann und Frau* in Betracht kommt. Dann müssten normativ verbindliche Hinweise vorliegen, die es rechtfertigen, z. B. die muslimische, jüdische oder hinduistische Religion etc. im Vergleich zum Christentum aus Gründen des Gebots der Gleichbehandlung von Männern und Frauen zu benachteiligen.

Das Grundgesetz selbst gibt für eine solche Annahme grundsätzlich nichts her (s. o.).⁴⁷

Etwas anderes könnte daher nur dann gelten, wenn eine der genannten Religionen pauschal in Widerspruch zu dem grundgesetzlichen Gebot der Gleichberechtigung und Gleichstellung von Frau und Mann gem. Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG stünde, daher als verfassungsfeindlich einzustufen wäre und sich dies in ihrer Darstellung nach außen in objektiv wahrnehmbarer Weise, z. B. durch eine entsprechende Kleidung oder Symbole, ausdrücken würde. Da sich die Frage hier vor allem zuspitzt auf den Islam und das islamische Kopftuch, soll im Folgenden nur auf den Islam und das Kopftuch eingegangen werden.

umfunktionierten Ladenlokalen u. ä., die nach außen nicht als „Bethäuser“ erkennbar sind. Soweit fehlende jüdische „Bethäuser“ (Synagogen) betroffen sind, darf nicht vergessen werden, dass ein nicht unwesentlicher Grund dafür in der deutschen Historie liegt, nämlich in der Nazizeit.

⁴⁴ Zu der Frage, ob in solchen Fällen Art. 1 Abs. 3 oder Art. 31 GG eingreift, vgl. *Huber*, in *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Art. 31 Rn. 4a, 13.

⁴⁵ *Böckenförde*, *Anhörung ...LT BW v. 12.03.2004*, S. 65.

⁴⁶ *BVerfG*, *Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -*, Rz. 39, 71 (!).

⁴⁷ Ebenso *Battis/Bultmann*, *Gutachten zu den Folgen des Kopftuchurteils im Auftrag der SPD-Fraktion des Landtages NRW*, Januar 2004, S. 16.

Für die pauschale Annahme, dass „*der Islam*“ bzw. Angehörige des Islam verfassungsfeindlich sind, besteht keine nachvollziehbare empirische Grundlage, die diese Annahme rechtfertigen könnte, zumal es „den Islam“ ebenso wenig gibt wie „das Christentum“ oder „das Judentum“. In allen Religionen existieren unterschiedliche Strömungen und Lehren, die die religiösen Quellen in unterschiedlicher Weise interpretieren und danach in unterschiedlicher Weise leben.

Auch in der Literatur wird allenfalls vereinzelt ein genereller Widerspruch zwischen Islam und Grundgesetz angenommen.⁴⁸ Verwiesen wird in diesem Zusammenhang meist auf das islamische Rechtsverständnis nach Maßgabe der religiösen Pflichtenlehren des Korans und der Scharia. Könnte man generell die Zugehörigkeit zum Islam mit der Bejahung der *Scharia* oder der Durchsetzung eines islamischen Gottesstaates gleichsetzen, dann erschienen die Zugehörigkeit zum Islam und die gleichzeitige Akzeptanz der Wertordnung des Grundgesetzes nicht miteinander vereinbar. Eine derart generalisierende Betrachtung des Islam lässt sich jedoch nicht rechtfertigen und ist daher klar abzulehnen. Bereits die unterschiedlichen islamischen Glaubensrichtungen lassen es nicht zu, das Glaubensverständnis der Muslime/-innen in Deutschland pauschal als fundamentalistisch und verfassungsfeindlich zu bewerten. Niemand ist im Islam in bindender Weise befugt, *ex cathedra* für alle Gläubigen zu sprechen. Die einzig allgemeingültige Richtlinie für Fragen der Religion bleibt daher der Koran selbst. Hier besteht aber eine Vielfalt an Auslegungsvarianten. Allein in der Bundesrepublik Deutschland existieren gegenwärtig über 2000 eingetragene islamische Vereine, die unterschiedliche Interpretationen des Korans vertreten⁴⁹. Eine letztlich für alle verbindliche religiöse Auslegung besteht jedoch nicht.

Verfassungsrechtliche Zweifel müssen daher stets im Hinblick auf einzelne Glaubenslehren und höchstpersönliche Glaubensauffassung konkret formuliert werden.⁵⁰

Eine generalisierende Betrachtung des Islam im o. g. Sinn lässt zudem den gesellschaftlichen Kontext der Religionsausübung außer Betracht, der das religiöse Selbstverständnis mit beeinflusst. In der Bundesrepublik Deutschland wird das religiöse Leben unter den Rahmenbedingungen eines säkularen und demokratischen Rechtsstaates ermöglicht. Insofern unterscheidet sich das Religionsverständnis von Angehörigen des Islam in der Bundesrepublik, vor allem dann, wenn sie hier in das gesellschaftliche Leben integriert sind, mit erheblicher Wahrscheinlichkeit stark von demjenigen Verständnis, welches Religionsangehörige aus autoritären fundamentalistischen Staaten wie Afghanistan unter den Taliban oder dem Iran besitzen. Aus der bloßen Zugehörigkeit zum islamischen Glauben ergeben sich daher keine Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Einstellung.

⁴⁸ So *Hillgruber*, JZ 1999, 546, der von der Demokratiefeindlichkeit der überwiegenden Zahl der islamischen Vereine in Deutschland ausgeht; vgl. auch *Loschelder*, Essener Gespräche u. Staat und Kirche, Der Islam in der BRD, Band 20 (1986), S. 149 f., weist auf eine mangelnde Trennung von Kirche und Staat im islamischen Glauben hin.

⁴⁹ Zur Vielfalt islamischer Glaubensrichtungen, vgl. *Hafez/Steinbach* (Hrsg.), Juden und Muslime in Deutschland, Tagungsbericht des dt. Orientinstituts 1999; *Spuler-Stegemann*, Muslime in Deutschland, 1998, S. 101 ff.

⁵⁰ So auch VG Lüneburg, NJW 2001, 767, 770 mit Zustimmung von *Böckenförde*, NJW 2001, 727.

Auch der in diesem Zusammenhang immer wieder erfolgende Hinweis auf die Vorschriften des Koran, die Frauen bestimmte Kleidervorschriften auferlegen und mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter nicht zu vereinbaren seien, rechtfertigt keine andere Bewertung.⁵¹ Selbst wenn der Koran eine solche Verpflichtung vorsieht – genannt wird in diesem Zusammenhang meist die Koranstelle (Sure) 24:31, die selbst nichts zu Kopftüchern u. ä. sagt, sowie ein Ausspruch des Propheten Muhammad, nach dem von einer Frau nichts außer Gesicht und Händen zu sehen sein soll; sofern daraus Bekleidungsregeln abgeleitet werden, gelten sie in Anwesenheit fremder Männer⁵² –, so kommt es doch allein darauf an, ob sich die betreffende Frau dieser Vorschrift freiwillig unterwirft oder ob sie dazu gezwungen wird. Wird die Entscheidung – etwa aus religiöser Überzeugung – freiwillig getroffen, so unterwirft sie sich zwar gleichzeitig einer konservativen patriarchalischen Ordnung,⁵³ dies ist aber ihre persönliche Entscheidung und Ausdruck ihrer religiösen Selbstbestimmung.

Insoweit ist sie nicht anders zu betrachten als andere Frauen, die sich aufgrund ihrer Religionszugehörigkeit und ihres Glaubensverständnisses freiwillig und bewusst einer konservativen patriarchalischen Ordnung unterwerfen. Dies kann z. B. auch auf Christinnen zutreffen, denn auch die Bibel als maßgebliche Schrift des Christentums ist nicht frei von Passagen, die klar und unmissverständlich von der Herrschaft des Mannes über die Frau ausgehen.⁵⁴ Dabei ist zu beachten, dass alte religiöse Überlieferungen wie der Koran oder die Bibel, die in einem bestimmten historischen und gesellschaftlichen Kontext entstanden sind, heute nicht mehr der alleinige Maßstab für die Beurteilung der Frage sein können, ob eine Religion den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter beachtet oder nicht. Entscheidend ist die aktuelle Auslegung und Praxis der betreffenden Religionsangehörigen. Im Hinblick auf den Islam existieren verschiedene Glaubensrichtungen und Schulen, die den Koran unterschiedlich interpretieren.⁵⁵ Dies ist auch im Christentum ähnlich, wenn auch institutionalisiert durch die verschiedenen Kirchen, innerhalb derer es wiederum unterschiedliche Ausrichtungen gibt.⁵⁶ Zudem sind die unterschiedlichen Gesellschaftssysteme zu beachten, in denen sich das religiöse Leben abspielt. So unterscheiden sich Christen in Deutschland sicherlich von denen in den USA oder Nordirland, Muslime/-innen in Deutschland sicherlich von denen in Iran. Betrachtet man die

⁵¹ Vgl. auch VGH Mannheim, NJW 2001, 2899, 2905, wonach das Tragen eines Kopftuchs Zweifel bzgl. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG (Gleichstellungsauftrag) aufwerfen könne; krit. dazu *Triebel*, BayVBl. 2002, 624, 627.

⁵² Vgl. dazu die Ausführungen der sachverständigen *Seyran Ates* unter Bezugnahme auf den „Muslimkreis Karlsruhe“ und die von ihm herausgegebenen 25 Fragen zum Thema „Frau im Islam“ in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Schule, Jugend und Sport und des Ständigen Ausschusses zu den Gesetzentwürfen zur Änderung des Schulgesetzes v. 12.03.2004, Landtag BW, S. 86.

⁵³ Dazu *Britz*, KJ 2003, S. 95, 100, die zutreffend darauf hinweist, dass diese einseitig Frauen treffenden Bekleidungsregeln auch einseitig Bekleidungsfreiheit nehmen, die einen Wert an sich darstellt. Dadurch wird Frauen die Möglichkeit zur Teilnahme an solchen Aktivitäten genommen, die uneingeschränkte Bewegungsfreiheit erfordern (z. B. Sport). Zudem werden Frauen in ihrer Möglichkeit beschränkt, sexuelle Reize selbstbestimmt einzusetzen (Kontrolle über Sexualität). Diese Beschränkung erfolgt auch, um sich der vermuteten Zügellosigkeit männlicher Begierde zu entziehen, die dadurch aber hingenommen wird.

⁵⁴ Im Buch Genesis finden sich die an die Frau gerichteten Worte: „Dennoch verlangt dich nach dem Mann, doch er wird über dich herrschen.“, Gen 3, 16.

⁵⁵ Zur Vielfalt islamischer Glaubensrichtungen vgl. *Hafez/Steinbach* (Hrsg.), *Juden und Muslime in Deutschland*, 1999; *Spuler-Stegemann*, *Muslime in Deutschland*, 1998, S. 101 ff. .

⁵⁶ Die römisch-katholische Kirche, die altkatholische Kirche, die evangelische Kirche in verschiedenen Ausrichtungen, die griechisch-/russisch-/syrisch-orthodoxe Kirche etc. .

aktuellen Glaubensbotschaften der Religionsgemeinschaften, so findet sich die traditionelle Rollenzuweisung für Mann und Frau, die mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter nicht zu vereinbaren ist, nicht nur in islamischen Gemeinschaften, sondern z. B. auch in der Lehre der katholischen Kirche, die Frauen im Übrigen immer noch keinen beruflichen Zugang zum Priesteramt einräumt (ebenso die verschiedenen orthodoxen christlichen Kirchen). Die katholische Glaubenslehre sieht die "Persönlichkeit" und "Berufung der Frau" vor allem in ihrer Jungfräulichkeit und Mutterschaft (in der Ehe) verwirklicht.⁵⁷ Darin sollen sich "die Züge eines genauen Planes Gottes erkennen" lassen, "der angenommen und eingehalten werden muss".⁵⁸ Ob diese Gebote des Katholizismus mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung zu vereinbaren sind, erscheint zweifelhaft, wurde Katholikinnen bislang aber eher selten unter dem Aspekt der mangelnden Gleichberechtigung vorgeworfen und hatte völlig zu Recht noch seltener nachteilige rechtliche Auswirkungen für sie. Entscheidend ist nämlich auch hier, dass sich Katholikinnen dem Vatikan freiwillig und selbstverantwortlich unterwerfen.

Es bleibt die Frage, ob sich gerade in dem *islamischen Kopftuch* bei objektiver Betrachtung eine *verfassungsfeindliche Einstellung* ausdrückt, weil das Kopftuch als Zeichen der Unterdrückung der Frau bzw. ihrer gesellschaftlichen Unterordnung unter den Mann zu betrachten ist. Maßgeblich ist nach der Rspr. des *BVerfG* der „objektive Empfängerhorizont“. Das *BVerfG* hebt hervor, dass insoweit „alle denkbaren Möglichkeiten, wie das Tragen eines Kopftuchs verstanden werden kann, bei der Beurteilung (der Eignung) zu berücksichtigen sind.“⁵⁹ Insofern ist zu differenzieren:

Beruhet das Tragen des Kopftuchs auf einer eigenverantwortlich getroffenen, zudem religiös motivierten Entscheidung, so ist darin ein Akt der religiösen Selbstbestimmung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG zu sehen, der durch das Kopftuch symbolisiert wird. Das Kopftuch ist dann gerade nicht Ausdruck eines von Unterdrückung und Diskriminierung von Frauen beherrschten fundamentalistischen Glaubensverständnisses, welches mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG und dem Verständnis von Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren ist. Maßgeblich ist die freie Entscheidung der Trägerin.

Eine andere Betrachtung ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Tragen des Kopftuchs nicht auf einer selbstbestimmten Entscheidung der Trägerin beruht, sondern von dritter Seite erzwungen wird. Dann ist das Tuch Ausdruck mangelnder Selbstbestimmtheit und einer nicht zu rechtfertigenden Freiheitseinschränkung seiner Trägerin.⁶⁰

⁵⁷ Vgl. *Mulieris Dignitatem*, *Papst Paul II* über die Würde und Berufung der Frau, 15.08.1988, S. 11, 15, 28, 30, www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_letters/documents/hf_jp-ii_apl_150.. (14.05.03); vgl. auch Brief des *Papstes Johannes Paul II* an die Frauen vom 29.06.1995, www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/documents/hf_jp-ii_let_29061995.. (14.05.03).

⁵⁸ Brief des *Papstes Johannes Paul II* an die Frauen vom 29.06.1995, S. 7, www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/documents/hf_jp-ii_let_29061995.. (14.05.03).

⁵⁹ *BVerfG*, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Rz.

⁶⁰ Bemerkenswert in diesem Zusammenhang *BayVGh*, *NVwZ* 2000, 952 - Verpflichtung zur Anfertigung eines Paßbilds mit Kopftuch.

Daraus folgt, dass sich ohne weitere Kenntnisse der Umstände nicht entscheiden lässt, ob ein Kopftuch lediglich modisches Accessoire, Symbol der religiösen Selbstbestimmung oder aber Ausdruck der Unfreiheit seiner Trägerin ist. Dem Kopftuch allein kann daher keine objektive Aussage dahingehend entnommen werden, es demonstriere die Unterdrückung der Frau, da es nicht nur von Frauen getragen wird, die dazu gezwungen werden. Darauf hat das BVerfG in seiner Entscheidung ausdrücklich hingewiesen.

Die Annahme einer allgemeinen „gesellschaftspolitischen Deutung“ des Kopftuchs dahingehend, das muslimische Kopftuch widerspreche der Gleichstellung der Frau und damit den Verfassungswerten aus Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG, wie zum Teil vertreten, erscheint nicht überzeugend.

Es darf mit einiger Wahrscheinlichkeit vermutet werden, dass eine solche Deutung vor allem durch die Stellung der Frau in fundamentalistischen islamischen Staaten geprägt ist, in denen Frauen durch den Staat und/oder Familienangehörige gezwungen werden, sich zu verhüllen und Kopftücher zu tragen. Dass das erzwungene Kopftuch gegen Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 und die Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG verstößt, steht außer Frage.

In Deutschland jedoch finden sich kopftuchtragende Frauen heute vor allem unter jüngeren Frauen, die nicht selten Universitäten besuchen und einem eigenen Beruf nachgehen. Sie nehmen auf diese Weise aktiv Anteil am gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben. Der durch diese Frauen nach außen vermittelte Eindruck des „freiwilligen Kopftuchs“ ist ein anderer, denn sie entsprechen gerade nicht dem traditionellen Frauenbild, schon gar nicht dem unterdrückter Frauen.⁶¹

Um hier den Bereich des Spekultativen zu verlassen, erscheinen wissenschaftliche Untersuchungen zur Frage der Motivation junger Frauen, das Kopftuch zu tragen, erforderlich. Dies hat auch das BVerfG in seiner Entscheidung vom 24. September 2004 hervorgehoben, in der auf das Ergebnis eines sog. qualitativen Interviews von 25 Pädagogikstudentinnen Bezug genommen wird. Obgleich die Aussagen nicht repräsentativ sind, zeigen sie doch, "dass angesichts der Vielfalt der Motive die Deutung des Kopftuchs nicht auf ein Zeichen gesellschaftlicher Unterdrückung der Frau verkürzt werden darf."⁶² Dass daneben auch heute noch "erzwungene Kopftücher" auf den Köpfen von Mädchen und Frauen existieren, ist weniger dem Kopftuch selbst anzulasten als mehr dem Umstand staatlich tolerierter patriarchalischer Familienstrukturen. Dies kann jedoch kaum denjenigen muslimischen Frauen entgegengehalten werden, die - nicht selten deutsche Staatsangehörige⁶³ - das Kopftuch aufgrund einer selbstverantwortlichen Entscheidung tragen und Integration nicht als Assimilation verstanden wissen wollen (Stichwort: Diversität).⁶⁴

⁶¹ Sofern eine undifferenzierte gesellschaftliche Deutung des Kopftuchs tatsächlich bestehen sollte – Nachweise für diese Annahme fehlen bislang – wäre diese jedenfalls zu korrigieren. Für die generelle Annahme einer „gesellschaftspolitischen Deutung des muslimischen Kopftuchs“ als Widerspruch zu Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG finden sich auch bei *Battis/Bultmann* keine Belege, S. 20 f.

⁶² BVerfG, Ur. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 52.

⁶³ Der ZMD geht davon aus, dass mehr als 100.000 Deutsche dem Islam angehören, vgl. <http://www.islam.de/?site=zmd/selbstdarstellung> (01.05.03).

⁶⁴ Instruktiv *Swiaczny/Haug* (Hrsg), Migration - Integration - Minderheiten. Neuere interdisziplinäre Forschungsergebnisse, Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, 2003.

Fazit: Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung des Islam bzw. des religiös motivierten Kopftuchs durch § 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG besteht nicht.

Zwischenergebnis:

Das Verhaltensgebot in § 38 Abs. 2 S. 1, S. 2 SchulG BW ist zwar weit gefasst und eröffnet einen entsprechend weiten Auslegungsspielraum, lässt sich aber m. E. letztlich durch die Rechtsprechung konkretisieren, so dass ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot wohl nicht anzunehmen ist.

§ 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW hingegen verstößt m. E. gegen Art. 33 Abs. 3 GG und ist daher als verfassungswidrig zu betrachten.

Europäisches Gemeinschaftsrecht: Verstoß gegen die Richtlinie 2000/78/EG (RL 2000/43/EG und 2002/73/EG i.V.m. 76/207/EWG)

Zu beachten sind auch die Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts, hier das europäische Antidiskriminierungsrecht. Im Vordergrund steht die *EU-Richtlinie 2000/78/EG*. Daneben sind aber auch die *EU-Richtlinien 2000/43/EG* und *76/207/EWG i. V. m. 2002/73/EG* betroffen.

Die Einführung der neuen Schulregelungen betreffen überwiegend weibliche muslimische Religionsangehörige mit einem anderen ethnischen Hintergrund als andere Deutsche und benachteiligen diese. Hier kommt eine mittelbare Diskriminierung in Betracht, die aber gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

Die direkte Bevorzugung bestimmter Religionsangehöriger, wie in § 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW geregelt, verstößt hingegen gegen Art. 2 Richtlinie 2000/78/EG.

Im Einzelnen:

In Bezug auf die betroffenen Kopftuchträgerinnen kommt eine *unmittelbare* und *mittelbare Diskriminierung* wegen der *Religion*, eine *mittelbare Diskriminierung* wegen des *Geschlechts* und der *ethnischen Herkunft* in Betracht, denn das Kopftuchverbot trifft ausschließlich Frauen, darüber hinaus in der Regel muslimische Frauen⁶⁵ und damit überwiegend solche, die entweder selbst oder aber deren Eltern in der Vergangenheit in die Bundesrepublik eingewandert sind und die daher eine andere ethnisch-kulturelle Herkunft besitzen als die Mehrheit der Deutschen.⁶⁶ Zudem werden Angehörige der christlichen Religion im Vergleich zu anderen Religionsangehörigen direkt bevorzugt.

⁶⁵ Auch Christinnen können religiös motivierte Kopftuchträgerinnen sein, vgl. OVG Berlin, Urt. v. 20.03.1991 -1 B 21.89 - (Anspruch auf Ausstellung eines Personalausweises unter Verwendung eines Lichtbildes mit Kopftuch).

⁶⁶ In den vom BVerwG und BAG entschiedenen Fällen ging es um Musliminnen deutscher Staatsangehörigkeit, die im erstgenannten Fall aus Afghanistan, in letztgenanntem aus der Türkei stammten.

Die in diesem Zusammenhang zu beachtenden *Diskriminierungsverbote* ergeben sich aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht i. V. m. der Europäischen Menschenrechtskonvention (-EMRK-, Art. 14, Art. 9 EMRK).

Im Vordergrund stehen die drei neuen *Antidiskriminierungsrichtlinien* der Gemeinschaft, die auf einen umfassenden Diskriminierungsschutz im Sinne von Art. 21 EU-Grundrechte-Charta abzielen.

Die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote finden sich in der am 19.07.2000 in Kraft getretenen *Richtlinie 2000/43/EG* ("Rasse oder ethnische Herkunft")⁶⁷, der am 2.12.2000 in Kraft getretenen *Richtlinie 2000/78/EG* ("Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung")⁶⁸ und der am 5.10.2002 in Kraft getretenen novellierten *Richtlinie 76/207/EWG*⁶⁹ i. V. m. *2002/73/EG*⁷⁰ ("Gleichstellung von Frauen und Männern"). Bis auf die letztgenannte Richtlinie sind die Fristen für die Umsetzung der Richtlinien bereits abgelaufen. Angesichts ihrer konkreten Formulierung sind sie nun direkt anwendbar.⁷¹ Die Richtlinien sind daher als rechtlicher Prüfungsmaßstab zu beachten.

In Bezug auf die *Religionszugehörigkeit* ist ein Verstoß gegen Art. 1 i. V. m. Art. 2, Art. 3 Abs. 1 a) der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf zu prüfen.

Hinsichtlich der ethnischen Herkunft könnte ein Verstoß gegen Art. 1 i. V. m. Art. 2 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft vorliegen.

Schließlich kommt auch ein Verstoß gegen Art. 2 der novellierten Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG i. V. m. 2002/73/EG ("Geschlecht") in Betracht.

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die *Richtlinie 2000/78/EG* ("*Religion*"), die Ergebnisse sind aber hinsichtlich der Ausführungen zur mittelbaren Diskriminierung aber übertragbar auf die anderen Richtlinien, denn

⁶⁷ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.06. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180 vom 19.07.2000, S. 22: in Kraft seit 19.07.2000, Umsetzungsfrist bis 19.07.2003.

⁶⁸ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 vom 02.12.2000, S. 16: in Kraft seit 2.12.2000, Umsetzungsfrist bis 2.12.2003, u. U. verlängert bis 2.12.2006 bzgl. "Behinderung" und "Alter".

⁶⁹ Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 39 vom 14.02.1976, S. 40.

⁷⁰ Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 269 vom 05.10.2002, S. 15: in Kraft seit 05.10.2002, Umsetzungsfrist bis 02.12.2005.

⁷¹ EuGH v. 18.12.1997 - Rs. C-129/96, Inter-Environnement Wallonie ASBL -, Slg. 1997, I-7411 Rn. 40, 41, 44. Den Mitgliedstaaten obliegt es danach bereits während der Umsetzungsfrist, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass das Ziel der Richtlinie bei Fristablauf auch erreicht wird.

ebenso wie die RL 2000/43/EG („ethnische Herkunft“) ist auch RL 2000/78/EG der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG i. V. m. 2002/73/EG ("Geschlecht") nachgebildet. Die Richtlinien sind aufeinander abgestimmt und verwenden inhaltlich übereinstimmende Definitionen des Diskriminierungsbegriffs sowie der Rechtfertigungstatbestände. Die Richtlinien betreffen sowohl den privaten wie auch den öffentlichen Sektor.⁷²

Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

Nach Art. 1 RL 2000/78/EG wird durch die Richtlinie ein allgemeiner Rahmen *"zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten"* geschaffen.

Nach Art. 2 Abs. 1 ist die *unmittelbare* oder *mittelbare Diskriminierung* wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe untersagt.

Art. 2 Abs. 2 a) definiert die "unmittelbare Diskriminierung". Diese ist gegeben, *"wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde"*.

Eine "mittelbare Diskriminierung" liegt nach Art. 2 Abs. 2 b) hingegen vor, *"wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können"*.

In Bezug auf das Kopftuchverbot für Lehrerinnen kommt eine *mittelbare* Diskriminierung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 b) der Richtlinie in Betracht, da Anknüpfungspunkt jeweils neutral formulierte Vorschriften des Schul- oder Beamtenrechts („Verstoß gegen eine Dienstpflicht“ bzw. "mangelnde Eignung") sind, die nur in einer bestimmten rechtlichen Auslegung bestimmte Religionsangehörige – in erster Linie muslimische Frauen - dadurch benachteiligen, dass sie von bestimmten beruflichen Tätigkeiten ausgeschlossen werden. Angeknüpft werden kann auch an die betreffende Maßnahme selbst. Die Nichteinstellung der angehenden Lehrerin knüpft nicht an die Zugehörigkeit zum Islam an, sondern neutral an ein äußerlich sichtbares religiöses Zeichen - insoweit kommt natürlich auch jedes andere sichtbare religiöse Zeichen in Betracht.⁷³

⁷² Allein der Anwendungsbereich der sog. Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG geht weiter (soziale Sicherheit, Bildung, Zugang zu und Versorgung mit Gütern u. Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen), vgl. Art. 3, und wirkt auch direkt in die zivilrechtl. Privatautonomie hinein, vgl. dazu *Marlene Schmidt*, Das Arbeitsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2001, III Rn. 150, 153; *Nickel*, Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, 2668; *Mahlmann*, Gleichheitsschutzprobleme und Privatautonomie. Probleme und Perspektiven der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG gegen Diskriminierungen aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft, ZEUS 2002, 407, 412.

⁷³ Kreuz, Kipa, Turban, Kopftuch etc.; vgl. auch *Brenner*, VVDStRL 59 (2000), S. 264, 283 f., der das Tragen christl. Symbole durch Lehrpersonen für unzulässig hält.

Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierung kopftuchtragender Lehrerinnen

Allerdings lässt sich m. E. die mittelbare Diskriminierung muslimischer Lehrerinnen nach der Richtlinie rechtfertigen, sofern der Ungleichbehandlung das staatliche Neutralitätskonzept der „vorsorgenden Neutralität“ zugrunde liegt.

Rechtfertigung gem. Art. 2 Abs. 2 b) i) RL 2000/78/EG

Mittelbare Diskriminierungen werden dann nicht als Diskriminierung betrachtet, wenn sie nach Art. 2 Abs. 2 b) i) durch ein *rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt* werden, sofern das jeweilige *Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich* ist.⁷⁴

Im Hinblick auf den Beruf der Lehrerin in öffentlichen Schulen, bei dem der Staat durch die betreffende Person repräsentiert wird, kommt eine Rechtfertigung⁷⁵ des diskriminierungsgeeigneten Kopftuchverbots auf der Grundlage des vorsorgenden Neutralitätskonzepts in Betracht, das als rechtmäßiges Ziel die Wahrung und Durchsetzung der staatlichen Pflicht zu religiöser und weltanschaulicher Neutralität im Schulbereich unter Vermeidung möglicher Konflikte bezweckt. Das Kopftuchverbot erscheint als Mittel zur Durchsetzung dieses Ziels auch angemessen und erforderlich. Ein milderer Mittel, insbesondere das probeweise Kopftuchtragen, kommt im Schulbereich nicht in Betracht, da ansonsten die vorsorgende staatliche Neutralität nicht gewahrt und die friedliche Koexistenz im öffentlichen Schulwesen möglicherweise gefährdet wäre.

Rechtfertigung gem. Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG

Eine weitere Rechtfertigungsmöglichkeit ist in Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG vorgesehen.⁷⁶ Danach können die Mitgliedstaaten regeln, *"dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Art. 1 genannten Diskriminierungsgründe steht, keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt."* Insoweit wird den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie ein Handlungsspielraum eingeräumt.⁷⁷ Es besteht demnach für den deutschen Gesetzgeber die Möglichkeit berufsbezogene Regelungen vorzusehen, die etwa in Bezug auf den Lehrerberuf im öffentlichen Schulwesen an das Merkmal der "persönlichen Eignung"

⁷⁴ Bzgl. RL 200/43/EG vgl. den entspr. formulierten Art. 2 Abs. 2 b); bzgl. RL 73/2002/EG i. V. m. 76/207/EWG vgl. Art. 2 Abs. 2 2. Spiegelstrich.

⁷⁵ Korrekt: Ausnahme vom Anwendungsbereich der mittelbaren Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 b) i) RL 2000/78/EG.

⁷⁶ Bzgl. RL 2000/43/EG kommt eine Rechtfertigung nach dem entspr. formulierten Art. 4 in Betracht, bzgl. RL 2002/73/EG i. V. m. RL 76/207/EWG nach Art. 2 Abs. 6.

⁷⁷ Laut Erwägungsgrund 23 kommt bzgl. Art. 4 Abs. 1 eine Rechtfertigung nur *"unter sehr begrenzten Bedingungen"* in Betracht. Zu Art. 4 Abs. 1 RL 2000/42/EG vgl. *Mahlmann, ZEUS* 2002, 407, 423.

anknüpfen oder eine bestimmte Dienstpflicht vorschreiben, die wiederum die Religionszugehörigkeit einer Person betreffen.

Die Formulierung einer Dienstpflicht oder des Merkmals der "persönlichen Eignung", die die Beachtung der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates („vorsorgende Neutralität“) und der ihn repräsentierenden Personen im Schulunterricht impliziert, kann - wie oben dargelegt – als "entscheidende berufliche Anforderung" im Sinne der Richtlinie betrachtet werden. Die Einhaltung des staatlichen Neutralitätsgebots verfolgt auch einen in einem demokratischen und pluralen Gemeinwesen rechtmäßigen Zweck, denn es gewährleistet die friedliche Koexistenz der im öffentlichen Schulwesen aufeinander treffenden verschiedenen Religionsangehörigen. Das Kopftuchverbot stellt schließlich auch eine angemessene Anforderung zur Erreichung dieses Zwecks dar, da ein milderer Mittel - wie oben dargelegt - nicht in Betracht kommt. Die für Lehrerinnen mit dem Kopftuchverbot verbundene Einschränkung lässt sich somit auch nach Art. 4 Abs. 1 rechtfertigen.

Keine Rechtfertigung der direkten Diskriminierung anderer Religionsangehöriger durch direkte Privilegierung von Angehörigen der christlichen Religion nach Art. 4 Abs. 1 RL

Sofern die betreffenden Regelungen wie z. B. § 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW eine Ausnahme von den Verboten für christliche Zeichen, Traditionen etc. vorsehen, wird in direkter Anknüpfung an das Merkmal „Religion“ eine bestimmte Religion bevorzugt und dadurch alle anderen direkt benachteiligt.

Die Frage der Rechtfertigung richtet sich nach Art. 4 Abs. 1 RL (s. o.). Hier ist bereits fraglich, ob eine direkte Diskriminierung überhaupt unter den Rechtfertigungstatbestand des Art. 4 Abs. 1 RL fällt, denn der Wortlaut bezieht sich nur auf „Ungleichbehandlungen wegen eines Merkmals, das in Zusammenhang mit einem der in Artikel 1 genannten Diskriminierungsgründe steht“, also nicht direkt auf die in Art. 1 genannten Diskriminierungsgründe. Verneint man die Anwendbarkeit, so ist eine Rechtfertigung der direkten Diskriminierung nicht möglich. Privilegierende Regelungen im Sinne von § 38 Abs. 2 Satz 3 SchulG BW wären dann wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 RL gemeinschaftsrechtswidrig und dürften – sofern nicht die Möglichkeit zu gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung besteht, wohl zu verneinen - nicht angewendet werden.

Hält man dagegen die Rechtfertigung einer direkten Diskriminierung nach Art. 4 Abs. 1 RL in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH zur eingeschränkten Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts nach der Gleichbehandlungsrichtlinie für möglich (EuGH: „Ausnahmen für solche beruflichen Tätigkeiten, für die das Geschlecht aufgrund ihrer Art und der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt“⁷⁸), so kommt eine Rechtfertigung jedenfalls nur sehr eingeschränkt in Betracht. Das betreffende Merkmal, an das angeknüpft wird – hier die christliche Religion – müsste dann „aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung *eine wesentliche und entscheidende berufliche*

⁷⁸ EuGH vom 11.01.2000 – C-285/98 – „Kreil ./ Bundesrepublik Deutschland“.

Anforderung“ darstellen. Dies ist im Hinblick auf die Tätigkeit der Lehrerin in öffentlichen Schulen aber nicht der Fall.

Im Übrigen geht das europäische Gemeinschaftsrecht auch nicht von einer bevorzugten Stellung des Christentums aus.

Eine Rechtfertigung der direkten Bevorzugung christlicher religionsangehöriger bzw. die Diskriminierung von Angehörigen anderer Religionen lässt sich nicht nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG rechtfertigen. Entsprechende Regelungen verstoßen daher gegen das EU-Recht und dürfen daher – mangels der Möglichkeit zu gemeinschaftskonformer Auslegung – von den Mitgliedstaaten nicht angewendet werden.

Letztlich wird diese Frage durch den EuGH zu entscheiden sein (Vorabentscheidung), der allein für die Auslegung des EU-Rechts zuständig ist.

Zu dem Gesetzentwurf des Landes Niedersachsen

§ 51 Abs. 3 des Entwurfs des Landes Niedersachsen, der sprachlich nur wenig von § 38 Abs. 2 SchulG BW abweicht, ist m. E. rechtlich ebenso zu beurteilen wie § 38 Abs. 2 SchulG BW.

Zu dem Gesetzentwurf des Freistaates Bayern

Art. 59 Abs. 2 des bayerischen Entwurfs ist sprachlich enger gefasst als der Entwurf in Niedersachsen und § 38 Abs. 2 SchulG BW. Er bezieht sich ausdrücklich (nur) auf „äußere Symbole und Kleidungsstücke, die eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung ausdrücken“. Dies dient der gebotenen Normklarheit und –bestimmtheit, an der insoweit keine Zweifel bestehen.

Sofern Art. 59 Abs. 2 des Entwurfs auf das Verständnis von Schülern/-innen und Eltern Bezug nimmt, gelten die Überlegungen zu § 38 Abs. 2 Satz 2 SchulG BW hier entsprechend.

Sofern auf die Vereinbarkeit mit „christlich-abendländischen Bildungs- und Kulturwerten“ abgestellt wird, die dazu führen wird, dass christliche Symbole und Kleidungsstücke von dem Verbot in Art. 59 Abs. 2 Satz 1 Entwurf ausgenommen werden, ist auch darin eine verfassungsrechtlich und gemeinschaftsrechtlich nicht zu rechtfertigende Privilegierung der Angehörigen des Christentums zu sehen, die gegen Art. 33 Abs. 3 (und Art. 3 Abs. 3) GG und die gemeinschaftsrechtliche Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG verstößt. Der Begriff „abendländisch“ bedarf zudem der Konkretisierung. Ich verweise im Übrigen auf die obigen Ausführungen zu A. III.

Frage 2

Vgl. dazu die Ausführungen oben zu Frage 1.

Frage 3

Ja. Prognoseentscheidungen dieser Art finden sich etwa im Beamtenrecht, da hier letztlich auch ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit begründet werden soll. Vgl. dazu BVerfGE 39, 334 zur besonderen politischen Treuepflicht von Beamten/-innen gegenüber dem Staat und seiner Verfassung. Entscheidend ist, dass die Prognoseentscheidung hinreichend fundiert ist, also auf sachlich nachvollziehbaren Erwägungen zum Zeitpunkt der Prognose beruht.

Frage 4

Neben dem Tragen religiös motivierter Kopftücher (muslimisch, christlich, jüdisch) kommen in Betracht:

- von außen durch Dritte wahrnehmbare Bekleidungsstücke, die auf eine bestimmte Religionszugehörigkeit oder politische Ideologie schließen lassen, z. B. die jüdische Kipa, der Turban eines Sikh, die rote Kleidung von Baghwan-Angehörigen, die christliche Nonnen- oder Mönchstracht, etc.
- religiöse oder politische Zeichen und Symbole, die von außen durch Dritte wahrnehmbar sind, z. B. das christliche Kreuz, der jüdische Davidstern, ein Parteiabzeichen, eine politische Plakette u.ä.m.

Frage 5

Die Entwürfe bemühen sich, alle geschützten Rechtspositionen einzubeziehen. Das jeweils in der betreffenden Verbotsregelung gefundene Ergebnis erscheint aber nur teilweise gelungen (vgl. dazu oben zu Frage 1).

Frage 6

Die Privilegierung christlicher und „abendländischer“ (Begriff klärungsbedürftig) Bekundungen und Symbole ist weder verfassungsrechtlich noch gemeinschaftsrechtlich zulässig (dazu näher oben zu Frage 1).

Kopftuch, Kreuz und Kipa sind, sofern das Kopftuch als religiöses Zeichen zu betrachten ist (nur auf dem Kopf einer Muslimin oder Christin oder Jüdin, die es aus religiösen Gründen trägt), gleich zu behandeln.

Frage 7

Jüdische Symbole und Kleidungsstücke fallen auch unter die Verbotsregelungen. Sie sind als nichtchristliche Symbole ebenso zu bewerten wie andere nichtchristliche religiöse Symbole. Da die Regelungen ausdrücklich nur christliche Werte und Traditionen privilegieren, das Judentum aber eine eigenständige Religion und kein Unterfall des Christentums ist, werden Symbole und religiöse Kleidung des Judentums nicht privilegiert. Eine andere Betrachtung kommt nur dann in Betracht, wenn man jüdische Symbole etc. unter den Begriff der „abendländischen“ Werte subsumiert – wie es der baden-württembergische Gesetzgeber offenbar möchte, wie sich wiederum aus der Begründung des Gesetzentwurfs entnehmen lässt. Dagegen spricht jedoch, dass er die jüdischen Werte etc. nicht wie christliche Werte und Traditionen ausdrücklich in den Gesetzestext des § 38 Abs. 2 S. 3 SchulG BW aufgenommen hat, obgleich es ihm

unproblematisch möglich war. Abgesehen davon ist eine Privilegierung jüdischer Symbole etc. verfassungs- und gemeinschaftsrechtlich ebenso wenig zu rechtfertigen wie die Privilegierung christlicher Symbole (dazu oben zu Frage 1) .

Frage 8

Die Ausnahmeregelungen für den Zugang zum Vorbereitungsdienst sind verfassungsrechtlich zulässig und geboten, da dem Staat in diesem Bereich ein Ausbildungsmonopol zukommt, obgleich die erfolgreiche Absolvierung des Vorbereitungsdienstes nicht nur Voraussetzung für die spätere Lehrtätigkeit im Staatsdienst, sondern auch für die Lehrtätigkeit an Privatschulen ist.⁷⁹

Dem Ausbildungsmonopol des Staates stellt das Grundgesetz mit der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, die auch die berufsbezogene Ausbildung schützt, eine Rechtsposition des/der Einzelnen entgegen⁸⁰. Der Bewerber bzw. die Bewerberin erhält auf diese Weise ein Recht auf sachgerechte Teilhabe an staatlichen Ausbildungseinrichtungen⁸¹.

Nach der Rechtsprechung des *BVerfG*⁸² steht es dem Staat zwar frei, ob der Vorbereitungsdienst so organisiert wird, dass er in einem zivilrechtlichen Angestelltenverhältnis oder in einem besonderen öffentlichen Verhältnis außerhalb des Beamtenverhältnisses abzuleisten ist. Entscheidet sich der Staat für einen Vorbereitungsdienst im Beamtenverhältnis, so muss er für diejenigen, für die ein Beruf außerhalb des Staatsdienstes in Betracht kommt, entweder einen gleichwertigen, nicht diskriminierenden Vorbereitungsdienst anbieten, der ohne Berufung in das Beamtenverhältnis abgeleistet werden kann, oder innerhalb seiner beamtenrechtlichen Regelung eine Ausnahmenvorschrift vorsehen, die es gestattet, den Vorbereitungsdienst auf Wunsch außerhalb des Beamtenverhältnisses abzuleisten.

Das *BVerfG* misst dem Teilhaberecht der Lehramtsanwärter/-innen aus Art. 12 Abs. 1 GG damit ersichtlich eine hohe Bedeutung bei. In Konsequenz dessen folgert etwa das Bundesarbeitsgericht (*BAG*), dass ggf. ein Anspruch des/der Lehramtsanwärters/-in besteht, zum Vorbereitungsdienst in privatrechtlicher Form zugelassen zu werden, wenn es an der für einen Beamten bzw. eine Beamtin notwendigen Verfassungstreue fehlt.⁸³

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund sehen die Entwürfe des Landes Bayern und Niedersachsen bzw. § 38 Abs. 4 SchulG BW verfassungskonforme einzelfallbezogene Ausnahmeregelungen für den Vorbereitungsdienst vor.

Frage 9

Hinter dem "Kopftuchstreit" lässt sich ein seit langem schwelender gesellschaftspolitischer Konflikt erkennen, dessen Kern die Frage betrifft, wie ein

⁷⁹ Zum Vorbereitungsdienst für Lehrer/-innen vgl. BAG NJW 1982, 2396 ff.

⁸⁰ Art. 33 Abs. 2 GG ist hier nicht einschlägig, da diese Norm nur den Zugang zum öffentlichen Amt schützt, nicht aber die Vorbereitung auf andere Berufe, vgl. BVerwGE 6, 13 ff.; 16, 241 ff.

⁸¹ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 47.

⁸² BVerfGE 39, 335 f., 371 ff.

⁸³ BAGE 53, 137 (144); 54, 340 (347 ff.).

fares, gleichberechtigtes und diskriminierungsfreies Zusammenleben von Menschen mit verschiedenen ethnischen und religiösen Hintergründen in Deutschland aussehen kann und soll. Es geht um Fragen der Migration, der Integration und der Menschenrechte, die von der Politik bislang grob vernachlässigt wurden und sich auf der rechtlichen Entscheidungsebene verkürzt unter dem Schlagwort "Religionsfreiheit" wiederfinden. Dass insoweit in erster Linie eine politische Entscheidung gefordert ist, hat das *BVerfG* in der Entscheidung vom 24.09.2003 zu Recht deutlich gemacht, indem es die Landesgesetzgebung zur Klärung der Bekleidungsfrage aufgefordert hat. Der Gesetzgebung kommt daher für die künftige gesellschaftliche Entwicklung eine richtungsweisende Bedeutung zu. Eine *sachlich nachvollziehbare Begründung* für das jeweils gefundene Ergebnis, die den *zugrundegelegten rechtlichen Maßstab* deutlich werden und erkennen lässt, dass die betreffende Regelung nicht wegen der "falschen" Religion und Ethnie diskriminiert, ist daher zwingend erforderlich.⁸⁴

Verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Implikationen

Die Regelungen in den Entwürfen und § 38 Abs. 2 SchulG BW erwecken in der Öffentlichkeit den Eindruck, das Grundgesetz enthalte eine Präferenz für das Christentum, die es in besonderer Weise schütze und daher Benachteiligungen anderer Religionen erlaube. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Religionsbegriff des Grundgesetzes ist weit zu verstehen und nicht gebunden an eine bestimmte Religion. Auch die Bezugnahme auf „Gott“ in der Präambel ist nach allgemeiner Ansicht keine Bezugnahme auf einen bestimmten, etwa den „christlichen Gott“.⁸⁵ Dementsprechend ist dem Grundgesetz auch keine prochristliche Auslegungsmaxime zu entnehmen.⁸⁶

Um Ungleichbehandlungen von Angehörigen unterschiedlicher Religionen rechtfertigen zu können, bedarf es immer eines sachlichen Grundes. Als rechtlicher Maßstab sind Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG und das europäische Antidiskriminierungsrecht zu beachten. Eine Rechtfertigung der Bevorzugung christlicher Symbole und Kleidung von Lehrerinnen in öffentlichen Schulen ist danach m. E. nicht möglich. Die Ungleichbehandlung lässt sich auch nach außen kaum nachvollziehbar vermitteln.

Für Angehörige anderer Religionen entsteht so – m. E. zu Recht – der Eindruck, sie werden durch die neuen Bekleidungsregeln diskriminiert.

Frauenpolitische Implikationen

Das frauenpolitische Signal ist ambivalent.

⁸⁴ Vgl. dazu *BVerfG*, DVBl. 1999, 165 f.; *BVerfGE* 71, 122, 135 f. Danach ergibt sich aus dem Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG zwar keine allgem. verfassungsrechtliche Urteilsbegründungspflicht, aus der verfassungsrechtlichen Gebundenheit des Richters bzw. der Richterin an Gesetz und Recht könne aber – je nach Einzelfall – von Verfassungen wegen eine Begründungspflicht folgen. Ohne Darlegung des rechtl. Maßstabs und der Kriterien, die das Gericht seiner Beurteilung zugrunde lege, erscheine das gefundene Ergebnis willkürlich.

⁸⁵ Dazu ausführlich Morlock, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Art. 4 Rn. 42 ff. und Dreier, a.a.O., Präambel, Rn. 14, der klar darlegt, dass die Nennung Gottes in der Präambel keine „Invocatio Dei“ darstellt, sondern vor dem Hintergrund der historischen Erfahrung mit totalitären Staatsmodellen auf die Relativität staatlicher Macht hinweist.

⁸⁶ *AK-GG-Zuleeg*, 3. Aufl. Präambel Rn. 14; *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 1996, Präambel Rn. 18 f.

Dadurch, dass kopftuchtragende muslimische Frauen als Lehrerin vom Unterricht in öffentlichen Schulen ferngehalten werden, wird ihnen ein bestimmtes Berufsfeld verschlossen. Sie werden im Vergleich zu (muslimischen) Männern und Frauen ohne Kopftuch in ihrer beruflichen Freiheit eingeschränkt und können diesbezüglich nicht am wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben teilnehmen. Frauen werden dadurch also in ihrer wirtschaftlichen und beruflichen Freiheit eingeschränkt.

Gleichzeit erfolgt diese Einschränkung unter Hinweis auf den angeblich objektiven Sinngehalt des Kopftuchs als allgemeines Zeichen der Ungleichbehandlung und Unterdrückung von Frauen – selbst in Bezug auf diejenigen, die das Kopftuch aufgrund einer selbstbestimmten Entscheidung tragen (insoweit wohl Schutz vor sich selbst). Damit wird weiterhin ein undifferenziertes Bild muslimischer Frauen in Deutschland in der öffentlichen Wahrnehmung verfestigt. Danach tragen muslimische Frauen unabhängig von den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen das Kopftuch generell unfreiwillig und gezwungenermaßen, weil sie sich einem männlichen Verhaltenskodex unterwerfen, der von Frauen ein bestimmtes untergeordnetes Verhalten verlangt. Auf diese Weise wird negiert, dass die Motivation der Frauen, die ein Kopftuch tragen, ganz unterschiedlich ist. Religion, Tradition, die Suche nach den eigenen Wurzeln, die Ablehnung moderner Werte (insbesondere sexueller Freizügigkeit), aber auch schlicht Mode – alle Motive sind hier im Rahmen einer eigenverantwortlichen Entscheidung möglich.

Nicht haltbar erscheint vor allem das verbreitete Vorurteil, eine Muslimin könne das Kopftuch niemals freiwillig, sondern nur gezwungenermaßen tragen. Um hier den Bereich des Spekulativen zu verlassen, erscheinen wissenschaftliche Untersuchungen zur Frage der Motivation junger Frauen, das Kopftuch zu tragen, erforderlich. Dies wird auch in der Entscheidung des *BVerfG* vom 24. September deutlich, in der auf das Ergebnis eines sog. qualitativen Interviews von 25 Pädagogikstudentinnen Bezug genommen wird. Obgleich die Aussagen nicht repräsentativ sind, zeigen sie doch, "dass angesichts der Vielfalt der Motive die Deutung des Kopftuchs nicht auf ein Zeichen gesellschaftlicher Unterdrückung der Frau verkürzt werden darf."⁸⁷ Dass daneben auch heute noch "erzwungene Kopftücher" auf den Köpfen von Mädchen und Frauen in Deutschland existieren, ist unbestritten, ist jedoch weniger dem Kopftuch selbst anzulasten als mehr dem Umstand staatlich tolerierter patriarchalischer Familienstrukturen. Dies kann jedoch kaum denjenigen muslimischen Frauen entgegengehalten werden, die - nicht selten deutsche Staatsangehörige⁸⁸ - das Kopftuch aufgrund einer selbstverantwortlichen Entscheidung tragen und Integration nicht als Assimilation verstanden wissen wollen (Stichwort: Diversität).⁸⁹

Die undifferenzierte Darstellung der Kopftuchträgerinnen in Deutschland als Wegbereiterinnen von Frauenunterdrückung ist nicht realistisch und führt vermutlich zu einer allgemeinen gesellschaftlichen Ablehnung der Kopftuchträgerinnen, insbesondere auch durch andere Frauen.

⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 52.

⁸⁸ Der ZMD geht davon aus, dass mehr als 100.000 Deutsche dem Islam angehören, vgl. <http://www.islam.de/?site=zmd/selbstdarstellung> (01.05.03).

⁸⁹ Instrukтив *Swiaczny/Haug* (Hrsg), Migration - Integration - Minderheiten. Neuere interdisziplinäre Forschungsergebnisse, Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, 2003.

Hier ist darauf zu achten, dass keine Entwicklung eintritt, die gerade diejenigen Frauen trifft, die zum Kopftuch gezwungen werden, die gerade unsere gesellschaftliche Solidarität und staatliche Unterstützung brauchen, um sich aus den repressiven Strukturen zu befreien. Hier fehlt es im Übrigen an staatlichen Hilfsangeboten, die diesen Frauen den Ausstieg aus der repressiven familiären Nebengesellschaft ermöglichen. Bislang gehen diese Frauen ein enormes persönliches Risiko für Leib und Leben ein, falls sie ausbrechen wollen, ohne dass der Staat sie vor Repressalien schützt.

Zudem sollte in Betracht gezogen werden, dass gerade bei jüngeren Frauen, die aus Migrantenfamilien stammen, aber oftmals hier geboren sind, das Kopftuch auch Ausdruck einer Suche nach den eigenen Wurzeln sein kann und (nur) einer bestimmten Lebensphase zuzurechnen ist. Es wäre fatal, diesen Frauen (oft deutsche Staatsangehörige) gesellschaftlich zu signalisieren, sie seien wegen des Kopftuchs generell unerwünscht, da diese gesellschaftliche Ablehnung zu einer Abwendung der betroffenen Frau von der Gesellschaft, hin zu einer der bereits bestehenden islamistisch-fundamentalistischen Nebengesellschaften führen kann, über die der Staat keine Kontrolle hat.

Positiv ist aber ohne Frage, dass durch die in Gang gesetzte gesellschaftspolitische Diskussion der „Kopftuch-Frage“ im Zusammenhang mit dem Gebot der Gleichbehandlung von Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 GG) endlich das Problem der „erzwungenen Kopftücher“ und die damit in Zusammenhang stehenden Repressalien gegenüber Frauen in islamischen Nebengesellschaften mitten in Deutschland endlich in den Fokus der Politik geraten. Hier geht es nicht nur um das erzwungene Kopftuch von Mädchen und Frauen, sondern auch um die Zwangsheirat von Frauen und Mädchen, um Gewalt gegenüber Frauen und Kindern durch Väter, Brüder und Ehemänner usw. usw.. Erforderlich ist, die Unterdrückung muslimischer Frauen in Deutschland endlich als gesamtgesellschaftliches Problem wahrzunehmen und hier angemessene Lösungen zu suchen - anderenfalls läuft die Politik Gefahr, unglaublich zu werden.

Migrationspolitische Aspekte

Im Kern betrifft der „Kopftuchstreit“ die Frage, wie der Staat sich gegenüber einer infolge von Zuwanderung und damit einhergehender zunehmender religiöser Pluralität gewandelten Gesellschaft positionieren soll⁹⁰ - konkret: gegenüber 3,2 Millionen muslimischer Einwohnern/-innen. Betroffen ist damit ebenfalls die Frage der Integration von Angehörigen einer der deutschen Gesellschaft originär *fremden* Religion und Kultur. Nicht erst seit dem 11. September 2001 besitzt der Islam in westlichen Staaten ein negatives Images, das vor allem durch fundamentalistische Staaten wie Iran, Nigeria oder Afghanistan unter den Taliban geprägt ist. Dort gilt das islamische Sharia-Recht, das mit den Menschenrechten nicht zu vereinbaren ist. Natürlich führt eine Verallgemeinerung dieser Art zu einem falschen Bild. Es bleibt unberücksichtigt, dass der Islam sich über die Jahrhunderte regional verschieden entwickelt hat. Der saudische Islam ("Wahabiten") hat wenig gemein mit dem afrikanischen, die afghanischen Taliban können nicht mit den Muslimen/-innen in Bosnien verglichen werden. Der türkische Islam wiederum ist einen Sonderweg gegangen und hat sich anders

⁹⁰ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 64, 66.

entwickelt als der Islam in der arabischen Welt, der dort vor allem als "politischer Islam" verstanden wird. Er ist dort als eine Kraft entstanden, um die einstigen Kolonialmächte zu vertreiben. Eine Folge der Kolonialisierung war, dass Muslime/-innen in diesen Ländern der westlichen Säkularisierung und Modernisierung eher feindselig gegenüber standen.⁹¹

Im säkularen Europa, in dem der Islam vor allem durch Migranten/-innen Fuß fasste, entwickelt sich heute langsam ein Euro-Islam.⁹² In Deutschland hat etwa der Zentralrat der Muslime in Deutschland unlängst eine "Islamische Charta" veröffentlicht, welche die Forderung nach einer "islamischen Identität" in Deutschland mit dem Bekenntnis zum Grundgesetz verbindet.⁹³ In Frankreich ist Mitte April 2003 der erste nationale Islamrat (Conseil français du culte musulman, CFCM) gewählt worden, der künftig die 5 Millionen Muslime in Frankreich - die größte muslimische Gemeinde innerhalb der EU - gegenüber der französischen Regierung repräsentieren soll.⁹⁴

Eine differenzierte Wahrnehmung des Islam findet in der Öffentlichkeit allerdings eher selten statt, obgleich in Deutschland bereits seit mehr als 40 Jahren Muslime/-innen leben.⁹⁵ Nicht selten erweckt die Diskussion über das Kopftuch den Eindruck, dass letztlich vor allem "das Fremde" abgewehrt werden soll.⁹⁶

Auch die vorliegenden Gesetzentwürfe bzw. § 38 SchulG BW vermitteln diesen Eindruck. Die vorliegenden Gesetzentwürfe signalisieren, dass das Kopftuch muslimischer Frauen bzw. die das Kopftuch tragenden Frauen eine (abstrakte) Gefahr darstellen für die Schulkinder, den Schulfrieden und die verfassungsmäßige Wertordnung in der Bundesrepublik Deutschland. Es wird signalisiert, der Islam sei eine gefährliche Religion und seine Angehörigen eine Gefahr für den Staat. Dadurch, dass christliche Zeichen etc. von den Bekleidungs- und Verhaltensverböten ausgenommen und privilegiert werden, entsteht für Angehörige anderer Religionen zudem der Eindruck, die eigene Religion und die eigene Person seien in Deutschland unerwünscht. Es darf mit einiger Berechtigung vermutet werden, dass derartige Regelungen nicht integrierend wirken werden, sondern ausgrenzend.

⁹¹ Dazu FAZ vom 04.01.2003, S. 8 "Der andere Islam".

⁹² Dazu FAZ vom 28.04.2003, S.6 "Islamische Identität in Deutschland?" zur "Islamischen Charta" des Zentralrats der Muslime vom 20.02.2003; vgl. auch Das Parlament v. 05.05.2003, S. 15 "Der Dialog mit dem Islam beginnt erst".

⁹³ Vgl. auch Zentralrat der Muslime in Deutschland (ZMD), <http://www.islam.de/?site=zmd/selbstdarstellung> (01.05.03): "Der Zentralrat der Muslime in Deutschland versteht sich somit als integraler Bestandteil der pluralistischen Gesellschaft Deutschlands. Er geht den Weg des Miteinanders (...) und lehnt deswegen Abgrenzung und Ausgrenzung ab."

⁹⁴ Der CFCM soll alle muslimischen Strömungen in Frankreich repräsentieren und vergleichbar mit dem Repräsentativrat der franz. Juden u. den christl. Kirchen Dialogpartner für die Regierung sein, vgl. Bundeszentrale für politische Bildung und Netzwerk Migration in Europa (Hrsg.), Migration und Bevölkerung, Ausgabe 04/2003, <http://www.migration-info.de>.

⁹⁵ Bundeszentrale für politische Bildung und Netzwerk Migration in Europa (Hrsg.), Migration und Bevölkerung, Ausgabe 08/2002, <http://www.migration-info.de>.

⁹⁶ Vgl. auch die Frage des Vors. Hassemer zu Beginn der mdl. Verhandlung am 03.06.2003 vor dem BVerfG: "Wieviel fremde Religiosität verträgt unsere Gesellschaft?". Dass es tatsächlich um eine "fremde" Religion geht, wurde durch das Land BW indirekt bestätigt, als es einräumte, eine Schule, an der kath. Ordensleute in entspr. Kleidung unterrichteten, bereite "überhaupt keine Schwierigkeiten", vgl. FAZ v. 04.06.2003, <http://www.faz.net..>

Woran sollte sich Schleswig-Holstein orientieren?

Zunächst sollte sich der Gesetzgeber Klarheit darüber verschaffen, welches Neutralitätskonzept er einem möglichen Gesetz zugrunde legen will. Ist es das vorsorgend-strikte Neutralitätskonzept - für das m. E. die überzeugenderen Gründe sprechen, da es möglichen Konflikten in einer multiethnischen Gesellschaft von vornherein vorbeugt und keine Entwicklung zulässt, die angesichts der Vielfalt religiöser Zeichen und Kleidung letztlich durch den Staat nur schwer steuerbar sein wird - so ist er gehalten, alle Religionen gleich zu behandeln. Das Verbot muss sich dann gleichermaßen auf alle religiösen Zeichen und/oder Verhaltensweisen beziehen.

Sodann ist zu entscheiden, was verboten werden soll: nur Symbole und Kleidungsstücke wie in dem bayerischen Entwurf oder umfassend alle möglichen „Bekundungen“ einschließlich Verhaltensweisen wie in Baden-Württemberg oder Niedersachsen. Hier ist zu überlegen, dass der weit gefasste Begriff der „Bekundung“ in der Praxis vielfach Auslegungsschwierigkeiten bereiten wird, die erst im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung geklärt werden können. Verfassungsfeindliche Äußerungen und Verhaltensweisen sowie religiöse Indoktrination der Schulkinder durch Lehrpersonen können bereits jetzt durch das Dienstrecht sanktioniert werden. Um Lehrpersonen einen klaren rechtlichen Rahmen vorzugeben, auf den sie sich unproblematisch einstellen können, sollte eine künftige Regelung daher das (neue) verbotene Verhalten m. E. so klar wie möglich benennen.

Ich schlage dem Gesetzgeber in Schleswig-Holstein eine sprachliche Orientierung an der Formulierung des Bekleidungsverbots des Art. 59 Abs. 2 Satz 3 des bayerischen Entwurfs vor, jedoch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Eltern und Schüler/-innen und ohne Privilegierung christlicher Zeichen und Kleidung.

Formulierungsvorschlag:

„Äußere Symbole und Kleidungsstücke, die eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung ausdrücken, dürfen von Lehrkräften in öffentlichen Schulen im Unterricht nicht getragen werden.“

Frage 10:

Dies soll sich aus der Koranstelle (Sure) 24:31 ergeben, die jedoch ausdrücklich nicht von Kopftüchern u. ä. spricht (also Frage der Interpretation). Genannt wird z. T. auch ein Ausspruch des Propheten Muhammad, wonach von einer Frau nichts außer Gesicht und Händen zu sehen sein soll.

Frage 11: (-)

Frage 12: (-)

Frage 13 (-)

Frage 14:

Das Kopftuch ist nicht, wie das christliche Kreuz oder die jüdische Kipa aus sich heraus als religiöses Symbol erkennbar. Den Symbolcharakter bekommt es erst auf dem Kopf einer Muslimin, die es als Ausdruck ihrer Religiosität betrachtet. Das christliche Kreuz ist hingegen ein klares Symbol für das Christentum, auch wenn es inzwischen häufig auch aus Modegründen getragen wird. Die jüdische Kipa ist ebenfalls ein deutliches religiöses Zeichen, das auf eine starke Verbundenheit seines Trägers mit der jüdischen Religion hinweist.

Das Kopftuch als gesellschaftliches Symbol:

Vgl. dazu die Ausführungen oben zu Frage 1 I. und Frage 9 II.

Frage 15: vgl. oben zu Frage 1 und Frage 9**Frage 16: (-)****Frage 17:**

Wie viele Anhängerinnen und Anhänger des alevitischen Islam sind in Deutschland und speziell in Schleswig Holstein ansässig? Befürchten diese Menschen in Deutschland von anderen islamischen Religionsgemeinschaften oder sonstige religiös motivierten Diskriminierung?

Bei der Beantwortung dieser Frage greife ich auf Informationen zurück, die mir mein alevitischer Kollege, Herr Mesut Ocak, zukommen ließ. Herr Ocak selbst ist in der Hamburger Vereinigung der Aleviten tätig - die Dachorganisation, „Alavitische Föderation“, hat ihren Sitz in Köln.

Danach leben schätzungsweise 600 000 Aleviten in Deutschland. Es gibt offiziell keine Zahlen, die auf Volkszählungen zurück zu führen wären; aber da man davon ausgeht, dass ein Drittel der Bevölkerung der Türkei dem alevitischen Glauben angehört, kann dieser Wert auch auf die in Deutschland ansässigen Türken bzw. türkischen Kurden übertragen werden. Somit ist auch davon auszugehen, dass ein Drittel der aus der Türkei Stammenden und in Schleswig Holstein lebenden Bevölkerung Aleviten sind. Es soll aber nicht der Eindruck entstehen, dass die Aleviten ausschließlich aus der Türkei stammen. Zwar leben die meisten Aleviten in der Türkei, aber der alevitische Glaube ist verstreut vom Balkan über die Ex-Sowjetrepubliken (Turkstaaten, wie z.B. Aserbaidschan, Turkmenistan, Usbekistan etc.) bis hin nach Afghanistan. Die Anzahl der dort lebenden Aleviten ist nicht bekannt.

Um die Frage, ob Aleviten in Deutschland durch religiös motivierte Gruppen diskriminiert werden, beantworten zu können, erscheint es hilfreich, kurz den gesellschaftspolitischen Hintergrund zu betrachten. Dieser stellt sich aus Sicht der Aleviten wie folgt dar:

Während Sunniten und Schiiten vor allem in der Scharia ihr Rechtssystem sehen, wird die Scharia von den Aleviten gänzlich abgelehnt. Der Koran ist für die Aleviten keine Niederschrift göttlicher Offenbarungen, sondern darf selbstverständlich kritisiert werden.

Die Aleviten sehen den Menschen als eigenverantwortliches Wesen und nicht als einen sich Gott unterwerfenden Sklaven, wie es aus alevitischer Sicht dem Verständnis des sunnitischen bzw. schiitischen-Islam entspricht. Die höchste Form des Gottesdienstes ist bei den Aleviten nicht das gemeinsame Gebet, sondern das individuelle Streben nach Erkenntnis. Männer und Frauen gelten als gleichberechtigt. Alevitische Frauen tragen keine Kopftücher. Die alevitische Glaubensrichtung verbindet islamische, schamanische, christliche und altiranisch-zoroastrische Elemente zu einer Glaubenswelt, in die ihre Anhänger jahrhundertlang, aus Angst vor Verfolgung durch fanatische sunnitische Muslime, dem Außenstehenden selten Einblick gegeben haben. Das hat z. B. bei der sunnitischen Mehrheit in Anatolien zur Verfestigung abstruser Vorurteile (z.B., dass Aleviten während ihrer Gebetszeremonien Inzest betreiben würden) geführt. Diese Vorurteile sind auch heute noch im Bewusstsein der sunnitischen Mehrheitsbevölkerung stark verbreitet.

Nach Angaben meines alevitischen Kollegen vertritt das türkische Religionsministerium, das zweithöchst budgetierte Ministerium in der Türkei, nur die sunnitisch-islamische Glaubensrichtung und erkennt die Aleviten als religiöse Minderheit in der Türkei nicht an. Im Hinblick darauf, dass in der Türkei „99 Prozent moslemische Bürger“ leben, setzt das Religionsministerium zwangsweise auch in alevitischen Dörfern den Bau von Moscheen und die Pflichtteilnahme der Schüler und Schülerinnen am Religionsunterricht in Schulen durch, in denen ausschließlich die sunnitische Glaubensrichtung gelehrt wird. Dies ist Teil einer staatlichen Assimilationspolitik.

An sunnitischen Festtagen oder in der Fastenzeit, z.B. dem Ramadan, sind Behörden und Restaurants, Cafés, Bars und Geschäfte geschlossen. In den privaten und staatlichen Rundfunk- und Fernsehsendern werden an diesen Tagen ununterbrochen sunnitisch-religiöse Programme gesendet und durch Mikrophone lautstarke Rufe der Muezzine in den Strassen verbreitet. Dadurch wird aus Sicht der alevitischen Bevölkerung gesellschaftlicher Druck auf sie ausgeübt. In der Vergangenheit kam es z. B. in Universitäten, aber auch auf offener Strasse immer wieder zu Repressalien gegenüber Aleviten, weil diese die sunnitischen Fastenregeln nicht beachteten und in der Öffentlichkeit Nahrung zu sich nahmen oder aber nicht zum Gebet in der Moschee erschienen. Infolgedessen kam es sogar zu Tötungen.

Geradezu traumatisierend war für die Aleviten das 1993 verübte Pogrom in der zentralanatolischen Stadt Sivas, als islamische Eiferer nach dem Freitagsgebet durch Aufstachelung der sunnitischen Bevölkerung diese vorsätzlich und geplant in Richtung eines Hotels trieben, in dem alevitische Künstler versammelt waren, und dieses anzündeten. 37 Menschen kamen dabei ums Leben. Die Täter wurden teilweise gefasst, teilweise flüchteten sie ins Ausland, wohl auch nach Deutschland, wo sie bis heute offenbar unbehelligt leben. Bei den gefassten Tätern kam es nach jahrelangen Prozessen, in denen sie vom späteren Justizminister der Türkei anwaltlich verteidigt wurden, zu langjährigen Haftstrafen – offenbar nur durch Einflussnahme des atatürktreuen Militärs, denen die Islamisten, die das Militär unterwandern wollen, ein Dorn im Auge ist. Allerdings wurde kurz nach der Verurteilung mit Hilfe der islamistischen Parteien eine Amnestie erlassen, von der auch die gerade verurteilten Täter erfasst wurden, so dass ihre Haftstrafen nur von kurzer Dauer waren.

Seit den 1950er Jahren registrieren Aleviten in der modernen, westlich orientierten laizistischen Türkei eine Entwicklung, die dahin geht, dass die sunnitischen Islamisten immer mehr an Einfluss gewinnen und die gesellschaftlichen Strukturen ändern. Ursache für den Machtgewinn und die zunehmende Einflussnahme ist aus ihrer Sicht, dass die damaligen etablierten Parteien - um an der Macht zu bleiben und um Wählerstimmen zu gewinnen- den Islamisten Zugeständnisse machten und sogar mit ihnen koalitierten. Darauf wird auch zurückgeführt, dass das Religionsministerium heute das zweitgrößte Budget zur Verfügung hat und die Partei AKP, deren Angehörige sich selbst als gemäßigte Islamisten bezeichnen, mit absoluter Mehrheit die Regierungspartei in der Türkei stellt.

Diese sunnitisch-islamistische Entwicklung in der Türkei hat auch Folgen für Deutschland. So besteht zwischen einem Grossteil der Moscheen in Deutschland eine enge Verbindung zum türkischen Religionsministeriums, das diese finanziert und Imame aus der Türkei nach Deutschland schickt, damit sie hier in den Moscheen auf türkisch predigen. Gerade die sunnitisch-islamische Bewegung „Milli Görüs“ („Die nationale Sicht“), die in den 1970er Jahren durch den Islamisten Erbakan in Köln gegründet wurde und bekanntlich vom Verfassungsschutz NRW als verfassungsfeindlich eingestuft wird, agitiert seit Jahrzehnten von Deutschland aus auch politisch in der Türkei - wo es die Organisation offiziell gar nicht gibt. Im Jahre 2003 hat der türkische Außenminister Abdullah Gül die diplomatischen Vertretungen seines Landes angewiesen, die „Islamische Gemeinschaft Milli Görüs“ nach Kräften zu unterstützen. Sie wird seit Jahren vom NRW-Verfassungsschutz beobachtet und vertritt – so der jüngste Verfassungsschutzbericht – ein „geschlossenes islamistisches Weltbild“.⁹⁷

Die Aleviten, die sich in Deutschland seit ca. 10 Jahren in Vereinen und Verbänden organisieren und um Aufklärung in der deutschen und der türkisch-sunnitischen Gesellschaft bemüht sind, wehren sich gegen den Einfluss der sunnitisch-islamistischen Bewegungen. Sie wenden sich u. a. dagegen, ihre Kinder in deutschen Schulen türkischsprachigem Religionsunterricht durch (missionierende) sunnitische Religionslehrer auszusetzen. Deshalb sind die Aleviten gegen den unkontrollierten Religionsunterricht in türkischer Sprache. Der Religionsunterricht sollte aus ihrer Sicht in deutscher Sprache stattfinden und alle Religionen vorgestellt. Ein türkisch-islamischer Religionsunterricht würde aus ihrer Sicht islamistischen Bewegungen Tür und Tor für deren Einflussnahme in deutschen Schulen öffnen.

Dies ist auch der Grund, weshalb die Aleviten sich dafür aussprechen, dass die öffentlichen Ämter, wie z.B. das Lehreramts oder das Richteramt, keinem religiös-politischen Einfluss ausgesetzt werden und der Staat an dem verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebot in einem strikten Sinne festhält.

⁹⁷ Dazu näher http://www.wdr.de/Themen/politik/nrw/islamistische_organisationen/index.html (14.05.04).

Dr. Silke Ruth Laskowski, Universität Hamburg*

Der Streit um das Kopftuch geht weiter - warum das Diskriminierungsverbot wegen der Religion nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird.

I. Einleitung

Die im Juli und September 2003 ergangenen Entscheidungen des *BVerfG* zur rechtlichen Bedeutung des religiös motivierten Kopftuchtragens einer Verkäuferin⁹⁸ und einer Lehrerin bzw. Lehramtsanwärterin⁹⁹ haben deutlich gemacht, wie brisant Fragen der Religion im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen im öffentlichen und im privaten Sektor werden können. Im privaten Sektor sehen sich vor allem muslimische Verkäuferinnen, aber auch weibliches Pflegepersonal in Kliniken¹⁰⁰ wegen des Kopftuchs nicht selten mit einer personen- oder verhaltensbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses (§ 1 Abs. 2 KSchG) konfrontiert. Ob eine solche Kündigung gerechtfertigt ist, hängt letztlich von dem durch Abwägung gefundenen Verhältnis zwischen dem aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Direktionsrecht des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin und der durch Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG geschützten Religionsfreiheit der Arbeitnehmerin ab. Die 2. Kammer des Ersten Senats beschäftigte sich im Juli mit dieser Frage und ~~BVerfG im Juli dieses Jahres~~ bestätigte indirekt das Urteil des BAG vom 10. Oktober 2002¹⁰¹, in welchem die Kündigung einer kopftuchtragenden muslimischen Verkäuferin im Hinblick auf ihre Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) als sozial ungerechtfertigt i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG gewertet wurde. Die gegen das BAG-Urteil gerichtete Verfassungsbeschwerde der Kaufhausbetreiberin, die sich in ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt sah, ohne jedoch betriebliche Störungen oder

* Wiss. Assistentin, Geschäftsführerin der Forschungsstelle für Rechtsfragen der internationalen Migration.

⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 30.07.2003 - 1 BvR 792/03 -, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20030730_1bvr079203.html.

⁹⁹ BVerfG, Ur. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030603_2bvr143602.html.

¹⁰⁰ Dazu näher *Sträßner/Sträßner-Groß*, Kopftuch und Krankenhaus/Pflegeeinrichtung, PKR 2001, 73.

¹⁰¹ BAG, Ur. vom 10.10.2002 - 2 AZR 472/01 - <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>. Nach Veröffentlichung des Urteils gingen zahlreiche Protestschreiben aus der Bevölkerung beim BAG ein.

wirtschaftliche Nachteile hinreichend plausibel darzulegen, wurde mangels Erfolgsaussichten vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen.¹⁰²

Den öffentlichen Bereich betrifft derzeit vor allem die Frage, ob mit Kopftuch unterrichtende muslimische Lehrerinnen bzw. Lehramtsanwärterinnen die im Beamtenrecht vorausgesetzte "persönliche Eignung" für ihre Tätigkeit besitzen.¹⁰³

Dazu hat der Zweite Senat des BVerfG in dem "Ludin"-Urteil vom 24. September 2003¹⁰⁴ Stellung genommen, ohne die Frage jedoch abschließend zu beantworten. Dem Urteil lag die Entscheidung des BVerwG vom 4. Juli 2002 zugrunde,¹⁰⁵ in der die persönliche Eignung einer Lehramtsanwärterin, die an einer Grund- und Hauptschule mit Kopftuch unterrichten wollte, verneint wurde. Das BVerfG sah für ein damit verbundenes Kopftuchverbot von Lehrkräften im geltenden Recht des Landes Baden-Württemberg keine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage und die Beschwerdeführerin daher in ihren Rechten aus Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 und Art. 33 Abs. 3 GG verletzt. Das Urteil des BVerwG wurde aufgehoben, die Sache an das BVerwG zurückverwiesen. Gleichzeitig signalisierte das BVerfG dem Landesgesetzgeber, er könne die bislang fehlende gesetzliche Grundlage für ein Kopftuchverbot schaffen, müsse dabei aber der Glaubensfreiheit der Lehrer/-innen wie auch der betroffenen Schüler/-innen, dem Erziehungsrecht der Eltern sowie der Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität „in angemessener Weise“ Rechnung tragen.¹⁰⁶ Die Letztentscheidung wurde damit an den demokratisch legitimierten Gesetzgeber zurückgegeben.

Das BVerfG hat den Streit um das Kopftuch zu Recht in erster Linie als gesellschaftspolitischen eingeordnet. Er wird jedoch dann (wieder) zu einem rechtlichen, wenn der gesellschaftspolitische Diskurs mit einem (rechtlich) unbefriedigenden Ergebnis endet. Dass ein solches Ergebnis droht, erscheint

¹⁰² Anders bislang die Instanzgerichte, vgl. ArbG Hanau, Urt. v. 13.04.2000 - 3 Ca 293/99 - ("personenbedingte" Kündigung zulässig), bestätigend LArbG Frankfurt, Urt. v. 21.06.2001 - 3 Sa 1448/00 -, NJW 2001, 3650; ArbG Frankfurt, Urt. v. 24.06.1992 - 17 Ca 63/92 -, AiB 1993, 472 ("verhaltensbedingte" Kündigung zulässig). VG Stuttgart, Urt. v. 24.03.2000 - 15 K 532/99 -, NVwZ 2000, 959 (mangelnde "persönliche Eignung" bejaht), bestätigend VGH Mannheim, Urt. v. 26.06.2001 - 4 S 1439/00 -, NJW 2001, 2899; VG Lüneburg, Urt. v. 16.10.2000 - 1 A 98/00 - (mangelnde "persönliche Eignung" verneint), NJW 2001, 767, a. A. aber OVG Lüneburg, Urt. v. 13.03.2002 - 2 LB 2171/01 -, NVwZ-RR 2002, 658 (mangelnde "persönliche Eignung" bejaht). Das aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Arbeitgeber-Direktionsrecht setzte sich regelmäßig gegenüber der aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG folgenden Religionsfreiheit der Arbeitnehmerin durch.

¹⁰³ Vgl. Art. 33 Abs. 2 GG, § 7 BRRG, § 8 Abs. 1 S. 2 BBG, entspr. Landesrecht.

¹⁰⁴ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -,

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030603_2bvr143602.html.

¹⁰⁵ BVerwG, Urt. vom 4.7.2002 - Az 2 C 21/01 -, NJW 2002, 3344.

¹⁰⁶ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 62.

angesichts der Ankündigung verschiedener, meist unionsgeführter Länder, nun schnellstmöglich das Kopftuchverbot gesetzlich festzuschreiben, durchaus wahrscheinlich. Beispielhaft können dafür die Äußerungen der bayerischen Kultusministerin *Monika Hohlmeier* (CSU) genannt werden, die sich bereits klar für ein gesetzliches Verbot des muslimischen Kopftuchs von Lehrerinnen in Bayern ausgesprochen und Eckpunkte eines entsprechenden Gesetzes für November 2003 in Aussicht gestellt hat. Von dieser Neuregelung sollen jedoch andere, insbesondere christliche Symbole – etwa das nach wie vor in bayerischen Klassenzimmern hängende Kruzifix oder der Unterricht durch Nonnen im Habit – ausdrücklich nicht betroffen sein, da die Kirchen sich „immer eindeutig zur grundrechtlichen Wertordnung bekannt“ hätten.¹⁰⁷

Diese offensichtlich beabsichtigte (landes)gesetzliche Ungleichbehandlung von weiblichen Angehörigen verschiedener Religionen werfen vor allem Fragen des Diskriminierungsschutzes auf. Die o. g. Entscheidungen des *BVerfG*, *BVerwG* und *BAG*, in deren Mittelpunkt der Umfang der Religionsfreiheit der Betroffenen (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG) stand, setzten sich mit der Frage, ob im Hinblick auf die betroffenen Kopftuchträgerinnen möglicherweise eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen der Religion, des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft vorlag, nicht auseinander. Überlegungen in diese Richtung anzustellen, hätten aber durchaus nahe gelegen, denn das Kopftuchverbot trifft ausschließlich Frauen, darüber hinaus bislang ausschließlich muslimische Frauen¹⁰⁸ und damit überwiegend solche, die entweder selbst oder aber deren Eltern in der Vergangenheit in die Bundesrepublik eingewandert sind und die daher eine andere ethnisch-kulturelle Herkunft besitzen als die Mehrheit der Deutschen.¹⁰⁹ Die insofern zu beachtenden Diskriminierungsverbote ergeben sich aus der Verfassung, Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 3 GG, dem europäischen Gemeinschaftsrecht und der EMRK (Art. 14, Art. 9 EMRK). Aufmerksamkeit erfordern besonders die drei neuen Antidiskriminierungsrichtlinien der Gemeinschaft, die auf einen umfassenden Diskriminierungsschutz abzielen. Die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote finden sich in der am

¹⁰⁷ SZ v. 30.09.2003, <http://www.sueddeutsche.de/deutschland/artikel/873/18855/print.html>.

¹⁰⁸ Auch Christinnen können religiös motivierte Kopftuchträgerinnen sein, vgl. OVG Berlin, Ur. v. 20.03.1991 -1 B 21.89 - (Anspruch auf Ausstellung eines Personalausweises unter Verwendung eines Lichtbildes mit Kopftuch).

¹⁰⁹ In den vom BVerwG und BAG entschiedenen Fällen ging es um Musliminnen deutscher Staatsangehörigkeit, die im erstgenannten Fall aus Afghanistan, in letztgenanntem aus der Türkei stammten.

19.07.2000 in Kraft getretenen Richtlinie 2000/43/EG ("Rasse oder ethnische Herkunft")¹¹⁰, der am 2.12.2000 in Kraft getretenen Richtlinie 2000/78/EG ("Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung")¹¹¹ und der am 5.10.2002 in Kraft getretenen novellierten Richtlinie 76/207/EWG¹¹² i. V. m. 2002/73/EG¹¹³ ("Gleichstellung von Frauen und Männern"). Zwar laufen die Fristen für die Umsetzung der Richtlinien noch,¹¹⁴ sie entfalten aber nach der Rechtsprechung des *EuGH*¹¹⁵ für den jeweiligen Mitgliedstaat und seine Organe bereits vom Zeitpunkt der Bekanntgabe an Rechtswirkungen. Die Richtlinien sind daher bereits jetzt als rechtlicher Prüfungsmaßstab zu beachten.

Die angekündigten Landesgesetze müssen daher nicht nur mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung in Anknüpfung an das Merkmal "Religion" nach Art. 4 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 33 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 14 EMRK, Art. 9 EMRK, sondern auch mit den aus den Gleichbehandlungsrichtlinien folgenden gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten vereinbar sein. Auf die insoweit zu beachtenden Vorgaben soll im Anschluß an eine Analyse der o. g. Rechtsprechung näher eingegangen werden. Dabei wird in erster Linie auf die Richtlinie 2000/78/EG ("Religion") Bezug genommen.

II. Vorbemerkung: Der Kopftuchstreit als Ausdruck eines gesellschaftlichen Konflikts

Die Entscheidung des BVerfG vom 24. September 2003 hat vor allem deutlich gemacht, dass der Disput um das Kopftuch sich nicht auf ein rein

¹¹⁰ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.06. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180 vom 19.07.2000, S. 22: in Kraft seit 19.07.2000, Umsetzungsfrist bis 19.07.2003.

¹¹¹ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 vom 02.12.2000, S. 16: in Kraft seit 2.12.2000, Umsetzungsfrist bis 2.12.2003, u. U. verlängert bis 2.12.2006 bzgl. "Behinderung" und "Alter".

¹¹² Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 39 vom 14.02.1976, S. 40.

¹¹³ Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 269 vom 05.10.2002, S. 15: in Kraft seit 05.10.2002, Umsetzungsfrist bis 05.10.2005. in Kraft seit 2.12.2000, Umsetzungsfrist bis 2.12.2005.

¹¹⁴ Vgl. Fn. 9, 10, 12.

¹¹⁵ *EuGH v. 18.12.1997 - Rs. C-129/96, Inter-Environnement Wallonie ASBL -*, Slg. 1997, I-7411 Rn. 40, 41, 44. Den Mitgliedstaaten obliegt es danach bereits während der Umsetzungsfrist, die

rechtsdogmatisches Problem reduzieren läßt, das allein die Bestimmung der Reichweite von Art. 4 Abs. 1 GG in Beschäftigungsverhältnissen des öffentlichen und des privaten Sektors betrifft. Es geht im Kern um die Positionierung des Staates gegenüber einer infolge von Zuwanderung und damit einhergehender zunehmender religiöser Pluralität gewandelten Gesellschaft¹¹⁶, konkret: gegenüber 3,2 Millionen muslimischer Einwohnern/-innen. Betroffen ist damit ebenfalls die Frage der Integration von Angehörigen einer der deutschen Gesellschaft originär *fremden* Religion und Kultur. Dies blieb in den Gerichtsentscheidungen bislang meist ungenannt.¹¹⁷ Nicht erst seit dem 11. September 2001 besitzt der Islam in westlichen Staaten ein negatives Images, das vor allem durch fundamentalistische Staaten wie Iran, Nigeria oder Afghanistan unter den Taliban geprägt ist. Dort gilt das islamische Sharia-Recht, das mit den Menschenrechten nicht zu vereinbaren ist. Natürlich führt eine Verallgemeinerung dieser Art zu einem falschen Bild. Es bleibt unberücksichtigt, dass der Islam sich über die Jahrhunderte regional verschieden entwickelt hat. Der saudische Islam ("Wahabiten") hat wenig gemein mit dem afrikanischen, die afghanischen Taliban können nicht mit den Muslimen/-innen in Bosnien verglichen werden. Der türkische Islam wiederum ist einen Sonderweg gegangen und hat sich anders entwickelt als der Islam in der arabischen Welt, der dort vor allem als "politischer Islam" verstanden wird und als eine Kraft entstanden ist, um die einstigen Kolonialmächte zu vertreiben. Eine wichtige Folge der Kolonialisierung war daher, dass Muslime/-innen in diesen Ländern der westlichen Säkularisierung und Modernisierung eher feindselig gegenüber standen.¹¹⁸ Im säkularen Europa, in dem der Islam vor allem durch Migranten/-innen Fuß fasste, entwickelt sich heute langsam ein Euro-Islam.¹¹⁹ In Deutschland hat etwa der Zentralrat der Muslime in Deutschland unlängst eine "Islamische Charta" veröffentlicht, welche die Forderung nach einer "islamischen Identität" in Deutschland mit dem Bekenntnis

erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass das Ziel der Richtlinie bei Fristablauf auch erreicht wird.

¹¹⁶ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 64, 66.

¹¹⁷ Das VG Lüneburg, Urt. v. 16.10.2000 - 1 A 98/00 -, NJW 2001, 767 hatte als bislang einziges Gericht die Eignung einer kopftuchtragenden Lehrerin nicht verneint u. den Kern des Streits deutlich gemacht: Die Kleidung einer Lehrerin sei erst dann zu beanstanden, wenn sie jede Toleranzgrenze eindeutig überschreite und dadurch den Schulfrieden nachhaltig störe. Bloße Auffälligkeiten, Extravaganzen oder der Umstand, dass die Kleidung "*Ausdruck einer fremden Kultur, Religiosität oder Geisteshaltung*" sei, reichten dafür nicht aus.

¹¹⁸ Dazu FAZ vom 04.01.2003, S. 8 "Der andere Islam".

¹¹⁹ Dazu FASZ vom 28.04.2003, S.6 "Islamische Identität in Deutschland?" zur "Islamischen Charta" des Zentralrats der Muslime vom 20.02.2003; vgl. auch Das Parlament v. 05.05.2003, S. 15 "Der Dialog mit dem Islam beginnt erst".

zum Grundgesetz verbindet.¹²⁰ In Frankreich ist Mitte April 2003 der erste nationale Islamrat (Conseil français du culte musulman, CFCM) gewählt worden, der künftig die 5 Millionen Muslime in Frankreich - die größte muslimische Gemeinde innerhalb der EU - gegenüber der französischen Regierung repräsentieren soll.¹²¹

Eine differenzierte Wahrnehmung des Islam findet in der Öffentlichkeit allerdings eher selten statt, obgleich in Deutschland bereits seit mehr als 40 Jahren eine große islamische Gemeinde lebt, der etwa 3,2 Millionen Menschen angehören, welche nach Protestanten/-innen und Katholiken/-innen die drittgrößte Religionsgemeinschaft bilden.¹²² Schon zu Beginn der Diskussion aber auch gegenwärtig erwecken die aktuellen o. g. Äußerungen der bayerischen Kultusministerin den Eindruck, dass letztlich vor allem "das Fremde" abgewehrt werden soll.¹²³ In Politik und Verwaltung wird zwischen den Religionen differenziert und der Islam dabei erkennbar negativer beurteilt als Christentum und Judentum. Auch in der Rechtsprechung finden sich solche Tendenzen, wie das VG Stuttgart in seiner Entscheidung vom März 2000 deutlich machte, in der es eine klare Präferenz für die christliche Religion erkennen ließ.¹²⁴ Eine solche

¹²⁰ Vgl. auch Zentralrat der Muslime in Deutschland (ZMD), <http://www.islam.de/?site=zmd/selbstdarstellung> (01.05.03): "Der Zentralrat der Muslime in Deutschland versteht sich somit als integraler Bestandteil der pluralistischen Gesellschaft Deutschlands. Er geht den Weg des Miteinanders (...) und lehnt deswegen Abgrenzung und Ausgrenzung ab."

¹²¹ Der CFCM soll alle muslimischen Strömungen in Frankreich repräsentieren und vergleichbar mit dem Repräsentativrat der franz. Juden u. den christl. Kirchen Dialogpartner für die Regierung sein, vgl. Bundeszentrale für politische Bildung und Netzwerk Migration in Europa (Hrsg.), Migration und Bevölkerung, Ausgabe 04/2003, <http://www.migration-info.de>.

¹²² Bundeszentrale für politische Bildung und Netzwerk Migration in Europa (Hrsg.), Migration und Bevölkerung, Ausgabe 08/2002, <http://www.migration-info.de>.

¹²³ Vgl. auch die Frage des Vors. Hassemer zu Beginn der mdl. Verhandlung am 03.06.2003 vor dem BVerfG: "*Wieviel fremde Religiosität verträgt unsere Gesellschaft?*". Dass es tatsächlich um eine "fremde" Religion geht, wurde durch das Land BW indirekt bestätigt, als es einräumte, eine Schule, an der kath. Ordensleute in entspr. Kleidung unterrichteten, bereite "überhaupt keine Schwierigkeiten", vgl. FAZ v. 04.06.2003, <http://www.faz.net>. Ähnlich die Kultusministerin BW Schavan, in einem ZEIT-Interview 1998, in dem sie das Kopftuch als "*Zeichen kultureller und zivilisatorischer Abgrenzung*" bezeichnete. Anders zum christlichen Kreuz und der jüdischen Kipa: "*Weder dem Kreuz noch der Kipa haftet etwas Zweideutiges an. Sie sind hierzulande keine Symbole kultureller Abgrenzung. Niemand kommt auf die Idee, einen Mann oder eine Frau zu zwingen, ein Kreuz oder eine Kipa zu tragen.*" <http://www.ZEIT.de/archiv/1998/30/199830.element.html>.

¹²⁴ VG Stuttgart, NVwZ 2000, 959, 961. Aus dem GG und der Verf. BW leitete das VG her, dass "*für Lehrer, die nichtchristlichen Religionen anhängen, ihre Religionsausübung im Dienst wohl nur unter engeren Voraussetzungen möglich ist, als dies bei Lehrern der Fall ist, die christlichen Religionen anhängen*". Dies ist mehr als fragwürdig, da das GG eine Identifizierung des Staates mit einer bestimmten Religion gerade nicht erlaubt, vgl. unten III. 1.); krit. auch *Triebel*, Kopftuch und staatliche Neutralität, BayVBl. 2002, 624, 627.

prochristliche Auslegungsmaxime ist aus dem GG jedoch nicht herzuleiten.¹²⁵ Zudem besteht offenbar ein negatives Vorverständnis über "den Islam", das weder offen gelegt noch (kritisch) reflektiert wird. Nicht haltbar erscheint vor allem das verbreitete Vorurteil, eine Muslimin könne das Kopftuch niemals freiwillig, sondern nur gezwungenermaßen tragen. Um hier den Bereich des Spekulativen zu verlassen, sind wissenschaftliche Untersuchungen zur Frage der Motivation junger Frauen, das Kopftuch zu tragen, erforderlich. Dies wird auch in der Entscheidung des *BVerfG* vom 24. September deutlich, in der auf das Ergebnis eines sog. qualitativen Interviews von 25 Pädagogikstudentinnen Bezug genommen wird. Obgleich die Aussagen nicht repräsentativ sind, zeigen sie doch, "dass angesichts der Vielfalt der Motive die Deutung des Kopftuchs nicht auf ein Zeichen gesellschaftlicher Unterdrückung der Frau verkürzt werden darf."¹²⁶ Dass daneben auch heute noch "erzwungene Kopftücher" auf den Köpfen von Mädchen und Frauen existieren, ist weniger dem Kopftuch selbst anzulasten als mehr dem Umstand staatlich tolerierter patriarchalischer Familienstrukturen. Dies kann jedoch kaum denjenigen muslimischen Frauen entgegengehalten werden, die - nicht selten deutsche Staatsangehörige¹²⁷ - das Kopftuch aufgrund einer selbstverantwortlichen Entscheidung tragen und Integration nicht als Assimilation verstanden wissen wollen (Stichwort: Diversität).¹²⁸

Hinter dem "Kopftuchstreit" lässt sich ein seit langem schwelender gesellschaftspolitischer Konflikt erkennen, dessen Kern die Frage betrifft, wie ein faires, gleichberechtigtes und diskriminierungsfreies Zusammenleben von Menschen mit verschiedenen ethnischen und religiösen Hintergründen aussehen kann und soll. Es geht um Fragen der Migration, der Integration und der Menschenrechte, die von der Politik bislang grob vernachlässigt wurden und sich nun auf der rechtlichen Entscheidungsebene unter dem Schlagwort "Religionsfreiheit" wiederfinden. Dass insoweit in erster Linie eine politische Entscheidung gefordert ist, hat das *BVerfG* in der o. g. Entscheidung zu Recht deutlich gemacht, indem es die Landesgesetzgebung zur Klärung der Bekleidungsfrage aufgefordert hat. Der Gesetzgebung kommt daher für die

¹²⁵ AK-GG-Zuleeg, 3. Aufl. Präambel Rn. 14; *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. 1, 1996, Präambel Rn. 18 f.

¹²⁶ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 52.

¹²⁷ Der ZMD geht davon aus, dass mehr als 100.000 Deutsche dem Islam angehören, vgl. <http://www.islam.de/?site=zmd/selbstdarstellung> (01.05.03).

¹²⁸ Instrukтив *Swiaczny/Haug* (Hrsg.), *Migration - Integration - Minderheiten*. Neuere interdisziplinäre Forschungsergebnisse, Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, 2003.

künftige gesellschaftliche Entwicklung eine richtungsweisende Bedeutung zu. Eine sachlich nachvollziehbare Begründung für das jeweils gefundene Ergebnis, die den zugrundegelegten rechtlichen Maßstab deutlich werden und erkennen lässt, dass die betreffende Regelung nicht wegen der "falschen" Religion und Ethnie diskriminiert, ist zwingend erforderlich.¹²⁹ Auf den zu beachtenden rechtlichen Maßstab soll im Folgenden näher eingegangen werden.

III. Zum Verbot der Diskriminierung wegen der Religion nach dem GG und der EMRK

1.) Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG

Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung in Anknüpfung an die Religionszugehörigkeit ist in dem speziellen Gleichheitsrecht des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geregelt. Danach darf niemand u. a. wegen seines Glaubens und seiner religiösen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG enthält sowohl ein Grundrecht als auch eine objektive Wertentscheidung, die im Bereich der religiösen Anschauungen durch das in Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG normierte Grundrecht der Glaubensfreiheit verstärkt wird.¹³⁰ Bei der Zulassung zu öffentlichen Ämtern kommt Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG neben Art. 33 Abs. 2 GG zur Anwendung, während im Verhältnis zu Art. 33 Abs. 3 GG letztere als die speziellere Norm gilt.¹³¹ Im Hinblick auf die religiösen Anschauungen überschneidet sich der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (Art. 33 Abs. 3 GG "religiöses Bekenntnis") mit dem Schutzbereich des Art. 4 GG.¹³² Das religiös motivierte Tragen eines Kopftuchs fällt gleichermaßen in den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 GG und den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Den Staat verpflichtet das GG hingegen durch Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG, durch Art. 136 Abs. 1 und Abs. 4 sowie durch Art. 137 Abs.

¹²⁹ Vgl. dazu *BVerfG*, DVBl. 1999, 165 f.; *BVerfGE* 71, 122, 135 f. Danach ergibt sich aus dem Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG zwar keine allgem. verfassungsrechtliche Urteilsbegründungspflicht, aus der verfassungsrechtlichen Gebundenheit des Richters bzw. der Richterin an Gesetz und Recht könne aber – je nach Einzelfall – von Verfassungen wegen eine Begründungspflicht folgen. Ohne Darlegung des rechtl. Maßstabs und der Kriterien, die das Gericht seiner Beurteilung zugrunde lege, erscheine das gefundene Ergebnis willkürlich.

¹³⁰ *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. (2002), Art. 3 Rn. 88.

¹³¹ *Jarass/Pieroth*, Art. 3 Rn. 89.

¹³² Art. 4 Abs. 1 GG garantiert die individuelle innere Freiheit, religiöse u. weltanschauliche Überzeugungen zu bilden und zu haben - ebenso die negative Glaubensfreiheit, eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung abzulehnen - sowie die äußere Freiheit, diese Überzeugungen auch nach außen zu bekennen. Auch Art. 3 Abs. 3 GG schützt die durch den Glauben bedingten Eigenschaften u. Tätigkeiten, vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 4 Rn. 8; Art. 3 Rn. 95.

1 WRV i. V. m. Art. 140 GG zu "weltanschaulich-religiöser Neutralität", die ihm die Bevorzugung bestimmter religiöser Bekenntnisse verwehrt.

Das Verhältnis zwischen Art. 4 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gilt weitgehend als ungeklärt.¹³³ In der Rechtsprechung des *BVerfG*¹³⁴ spielt Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eine nur untergeordnete Rolle und wird kaum geprüft. Dies liegt wohl daran, dass der durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bezweckte Diskriminierungsschutz bereits durch den ebenfalls betroffenen Art. 4 Abs. 1 GG als ausreichend gewährleistet betrachtet wird.¹³⁵ Dabei sind durchaus Unterschiede denkbar: Wird eine Person wegen ihres Glaubens benachteiligt, sind sowohl Art. 4 GG als auch Art. 3 Abs. 3 GG (Art. 33 Abs. 3 GG) betroffen,¹³⁶ die Frage der Rechtfertigung kann jedoch unterschiedlich zu beurteilen sein. Weder Art. 4 GG noch Art. 3 Abs. 3 GG enthält einen Gesetzesvorbehalt, so dass eine Begrenzung der Grundrechte nur durch kollidierende Grundrechte und andere Verfassungsgüter in Betracht kommt, so dass ein Ausgleich zwischen den verfassungsrechtlich geschützten Positionen im Wege der praktischen Konkordanz vorzunehmen ist.¹³⁷

Im Falle des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist umstritten, ob zusätzlich eine ausnahmsweise Rechtfertigung aus *sachlichen* Gründen in Betracht kommen kann. Hiergegen wird eingewandt, der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannte Katalog verbotener Unterscheidungsmerkmale beinhalte absolute Unterscheidungsverbote, da er die Kernbereiche der persönlichen Rechtsgleichheit betreffe, welche sich im Laufe der Geschichte als besonders gefährdet herausgestellt hätten. Daher sei kein Raum für relativierende Sachlichkeitsrechtfertigungen.¹³⁸ Nach anderer Ansicht sind jedoch auch die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG begrenzt wertungsoffen, so dass

¹³³ Dazu näher *Osterloh*, in *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 301.

¹³⁴ Vgl. z. B. *BVerfGE* 47, 46, 76 f.; vgl. aber auch die abweichende Meinung von *Simon*, *BVerfGE* 63, 266, 303.

¹³⁵ Vgl. auch *Trute* in: *AK-GG*, 3. Aufl. (2001), Art. 33 Rn. 99, zur Bedeutung des Art. 33 Abs. 3 GG.

¹³⁶ *BVerfGE* 79, 69, 75.

¹³⁷ *BVerfGE* 77, 240, 253; 81, 278, 292. Ob bzgl. Art. 4 Abs. 1 GG auf Art. 136 Abs. 1 WRV als Grundrechtsschranke zurückzugreifen ist, ist umstr., wird aber vom *BVerfG* angesichts der Bedeutung von Art. 4 GG und des fehlenden Vorbehalts abgelehnt. Danach wird Art. 136 Abs. 1 WRV, 140 GG von Art. 4 GG überlagert, vgl. *BVerfGE* 33, 23, 30; 93, 1, 21; vgl. dazu *Pieroth/Schlink*, GG, 6. Aufl., Art. 3 Rn. 102 ff., Art. 4 Rn. 17 ff., Art. 136 WRV Rn. 1 ff.; *BK-Rüfner*, Art. 3 Rn. 575.

¹³⁸ So *Sachs*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Hdb. d. StR*, Bd. V, 1992, § 126 Rn. 38 ff., 59; in diesem Sinne auch *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, GG (1996), Art. 3 Abs. III Rn. 1; *Gubelt*, in: *von Münch/Kunig* (Hrsg.), GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 104. Sofern aber auch nach dieser Auffassung eine Begrenzung des Anwendungsbereichs des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durch kollidierende Verfassungswerte in Betracht kommt, dürfte sich der Streit um die "absoluten Diskriminierungsverbote" entschärfen.

ausnahmsweise Raum für sach- und regelungsbereichsspezifisch differenzierende Abwägungen im Rahmen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung bleibe.¹³⁹ Diese Ansicht sieht sich durch die Rechtsprechung des *BVerfG* bestätigt, das sich bislang zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG jedoch nur in Hinblick auf das Merkmal "Geschlecht" geäußert und insoweit erklärt hat, das Geschlecht dürfe "*grundsätzlich - ebenso wie die anderen in Abs. 3 genannten Merkmale - nicht als Anknüpfungspunkt*" für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Hieraus wird geschlossen, dass Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht jede Verwendung der an sich unzulässigen Differenzierungskriterien verbiete.

Umstritten ist schließlich, ob auch *mittelbare* Diskriminierungen von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG erfasst werden. Eine solche liegt vor, wenn eine Regelung oder Maßnahme nicht an die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten, sondern an andere Merkmale anknüpft und überwiegend oder typischerweise zu einer Benachteiligung einer der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Gruppen führt.¹⁴⁰ Das *BVerfG* hat in seiner jüngeren Judikatur im Anschluß an die Rechtsprechung des *BAG*¹⁴¹ und des *EuGH*¹⁴² jedoch signalisiert, dass auch mittelbare Diskriminierungen vom Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 GG erfasst werden, da es grundsätzlich auf die materiellen Wirkungen einer Regelung in der Realität ankomme.¹⁴³ Diesem materiellen Verständnis entspricht es, ebenso wie bei Art. 3 Abs. 1 GG auch in bezug auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG mittelbare Diskriminierungen einzubeziehen.¹⁴⁴

Im *Arbeitsrecht* entfaltet Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG über den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz¹⁴⁵ und über § 75 BetrVG Bedeutung.¹⁴⁶ Arbeitsrechtliche Vorschriften sind unmittelbar an Art. 3 GG zu messen. Zwar sind die Arbeitsvertragsparteien als Grundrechtsträgerinnen nicht selbst

¹³⁹ *Jarass/Pieroth*, Art. 3 Rn. 92; *Osterloh*, in *Sachs*, GG, 1999, Art. 3 Rn. 241 f., 250.

¹⁴⁰ *Osterloh*, in *Sachs*, GG, 1999, Art. 3 Rn. 256.

¹⁴¹ BAGE 53, 161, 167; 68, 320, 325; 72, 64, 72 ff.

¹⁴² EuGH v. 13.05.1986, Rs 170/84, *bilka*, Slg. 1986, 1607 (Rn. 36) und EuGH v. 27.10.1993, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, 5535.

¹⁴³ Vgl. BVerfGE 97, 35, 43; 89, 276, 288 f.; 85, 191, 206.

¹⁴⁴ Ebenso *Osterloh*, in *Sachs*, GG, 1999, Art. 3 Rn. 256, 257; *Jarass/Pieroth*, Art. 3 Rn. 117, 121; *Gubelt*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 91, 104; vgl. auch *Dieterich*, in *Erfurter Kommentar*, 2. Aufl. 2001, Art. 3 GG Rn. 70, 78. Zur Rechtfertigung der m. D. soll eine "weniger strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung" ausreichen. Dies leuchtet jedoch nicht recht ein, denn die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verlangt immer die Prüfung der Geeignetheit, Erforderlichkeit u. Verhältnismäßigkeit i. e. S., so dass die geprüfte Maßnahme i. E. nur entweder verhältnismäßig oder aber unverhältnismäßig sein kann.

¹⁴⁵ BAGE 42, 217, 220.

¹⁴⁶ *Dieterich*, in *Erfurter Kommentar*, Art. 3 GG Rn. 66.

Grundrechtsadressatinnen und daher bei Vertragsschluss oder Abwicklung des Arbeitsverhältnisses nicht unmittelbar an Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 GG gebunden. Im bestehenden Arbeitsverhältnis werden Arbeitnehmer/-innen aber im Verhältnis zu Arbeitgebern/-innen über den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gleichartig geschützt.¹⁴⁷ Art. 4 Abs. 1 GG entfaltet im *Arbeitsrecht* mittelbare Drittwirkung. Bei der Auslegung der Pflichten des/der Arbeitnehmers/-in nach "Treu und Glauben" (§ 242 BGB) und der Ausübung des Direktionsrechts des/der Arbeitgebers/-in (§ 315 BGB) ist die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit der Arbeitnehmer/-innen mit der Unternehmerfreiheit der Arbeitgeber/-innen aus Art. 12 GG zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Ob in bezug auf die angehende Lehrerin und die Verkäuferin eine direkte oder (unbeabsichtigte) mittelbare Diskriminierung wegen der Religion, des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft in Betracht kommt, weil von dem Kopftuchverbot ausschließlich muslimische Frauen und keine Männer, zudem überwiegend solche, die andere ethnisch-kulturelle Wurzeln besitzen als die Mehrheit der Bevölkerung, erscheint auf den ersten Blick nicht ganz klar. Anknüpfungspunkt ist hier aber nicht eine bestimmte Religionszugehörigkeit, so dass eine direkte Ungleichbehandlung im Vergleich zu nichtmuslimischen Frauen in der Bundesrepublik ausscheidet. Das Kopftuchverbot für Lehrerinnen bzw. Verkäuferinnen ist daher als mittelbare Diskriminierung einzuordnen,¹⁴⁸ da Anknüpfungspunkt jeweils neutral formulierte Vorschriften des Beamtenrechts ("Eignung") bzw. des Arbeitsrechts ("sozial gerechtfertigt") sind, die nur in einer bestimmten rechtlichen Auslegung bestimmte weibliche Religionsangehörige - muslimische Frauen - dadurch benachteiligen, dass sie von bestimmten beruflichen Tätigkeiten ausgeschlossen werden. Dies gilt auch dann, wenn an die betreffende Maßnahme selbst angeknüpft wird. Die Nichteinstellung der angehenden Lehrerin bzw. die Kündigung der Verkäuferin beruht nicht auf ihrer Zugehörigkeit zum Islam, sondern darauf, dass sie ein auch als religiöses Symbol zu verstehendes Kleidungsstück trägt - insoweit kommt auch jedes andere sichtbare religiöse Symbol in Betracht: Kreuz, Kipa, Turban, Kopftuch etc. . Sofern man in Bezug auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG der Ansicht folgt, die eine ausnahmsweise

¹⁴⁷ *Dieterich*, in Erfurter Kommentar, Art. 3 GG Rn. 30 (dogmatische Herleitung aber str.). Der Maßstab für die Konkretisierung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes wird Art. 3 GG entnommen. Zur „Verhältnismäßigen Gleichheit“ bei personenbezogenen Differenzierungen, vgl. *BVerfGE* 92, 26, 51 f. .

¹⁴⁸ Ebenso *Britz*, Das verfassungsrechtliche Dilemma doppelter Fremdheit: Islamische Bekleidungs Vorschriften für Frauen und Grundgesetz, KJ 2003, S. 95, 98.

Rechtfertigung für zulässig erachtet, so kommt eine solche jedenfalls nur dann in Betracht, wenn insoweit *sachliche* Gründe geltend gemacht werden können.

2.) Art. 14 EMRK und Art. 9 EMRK

Bei der Auslegung der Grundrechte ist die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950¹⁴⁹ zu beachten. Dieser kommt zwar kein Verfassungsrang, sondern nur der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ist bei der Auslegung des Grundgesetzes aber auch der Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK zu beachten, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem GG führt. Die Rechtsprechung des *EGMR* dient dabei ebenfalls als Auslegungshilfe.¹⁵⁰

Nach dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK sind die in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten *"ohne Benachteiligungen zu gewährleisten, die insbesondere im Geschlecht, in der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den politischen oder sonstigen Anschauungen, in nationaler oder sozialer Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, im Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet"* sind.¹⁵¹ Trotz dieser weiten Formulierung verbietet Art. 14 EMRK nicht jede unterschiedliche Behandlung. Nach der Rechtsprechung des *EGMR* ist der in Art. 14 EMRK niedergelegte Gleichbehandlungsgrundsatz so zu verstehen, wie er sich in der Rechtsprechung einer großen Zahl demokratischer Staaten herausgebildet hat. Danach ist eine Regelung oder Maßnahme nur dann diskriminierend, wenn sie hinsichtlich der Gewährleistung eines Konventionsrechts zwischen Personen oder Personengruppen unterscheidet, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden, zudem für die Unterscheidung kein objektiver und angemessener Rechtfertigungsgrund ersichtlich ist und/oder zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel kein angemessenes Verhältnis besteht.¹⁵² Eine Diskriminierungsabsicht wird nicht vorausgesetzt, so dass wohl auch mittelbare

¹⁴⁹ Dazu näher *Frohwein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996.

¹⁵⁰ Vgl. *BVerfG* 74, 358, 370; 82, 106, 115. Dieser Annäherungsprozeß ist um so bedeutsamer, als *EGMR* und *BVerfG* in keinem Rang- oder Stufenverhältnis, sondern selbständig nebeneinander stehen, dazu näher *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. I, 1996, Vorb. Rn. 22.

¹⁵¹ Nach der Rspr. des *EGMR* ist die Anwendbarkeit des Art. 14 EMRK nicht von der Verletzung einer entsprechenden Konventionsgarantie abhängig, auch wenn Art. 14 EMRK keine selbständige Bedeutung zuerkannt wird, vgl. *Peukert*, in: *Frohwein/Peukert*, Art. 14 Rn. 2 ff.

¹⁵² Std. Rspr., vgl. *EGMR*, EuGRZ 1975, 298; *EGMR*, EuGRZ 1979, 454.

Diskriminierungen erfasst werden. Aus Art. 25 EMRK ergibt sich, dass eine konventionsrechtliche Verantwortlichkeit grundsätzlich nur für die von Hoheitsträgern ausgehenden Diskriminierungen besteht, jedoch können die Vertragsstaaten u. U. auch gehalten sein, diskriminierende Praktiken unter Privaten zu verhindern und Beeinträchtigungen des Genusses von Konventionsrechten entgegenzuwirken.¹⁵³

Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit ist in Art. 9 EMRK gewährleistet. Dieser umfasst das Recht, eine Religion zu haben, sich nach außen zu ihr zu bekennen und sie auszuüben. Dies entspricht der Gewährleistung des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG. Ebenso wie Art. 4 GG gewährleistet auch Art. 9 EMRK im Rahmen der Ausübungsfreiheit das Tragen von religiöser Kleidung oder religiöser Haar- und Barttracht.¹⁵⁴ In Art. 9 Abs. 2 EMRK sind die Einschränkungsmöglichkeiten niedergelegt. Danach darf die Religions- und Bekenntnisfreiheit *"nicht Gegenstand anderer als vom Gesetz vorgesehener Beschränkungen sein, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sein."* Bei der Überprüfung der "Notwendigkeit" der einschränkenden Maßnahme kommt es nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs darauf an, ob diese geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist. Art. 9 Abs. 2 EMRK war bislang aber eher selten Gegenstand der Überprüfung.¹⁵⁵

IV. Zur Kopftuch-Rechtsprechung

Vor diesem rechtlichen Hintergrund sollen die Leitentscheidungen des EGMR, BVerwG, BAG und die beiden Entscheidungen des BVerfG näher betrachtet werden.

1.) Die Entscheidung des *EGMR* vom 15.02.2001

Der *EGMR* hatte im Februar 2001¹⁵⁶ entschieden, dass gegenüber einer Lehrerin ergangene Verbot, während des Unterrichts ein "islamisches Kopftuch" zu tragen, mit Art. 9 und Art. 14 EMRK zu vereinbaren ist. Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Fall betraf eine Lehrerin im Schweizer Kanton Genf, die vom

¹⁵³ Peukert, in: Frowein/Peukert, Art. 14 Rn. 18 m. w. N..

¹⁵⁴ Vgl. Frowein, in: Frowein/Peukert, Art. 9 Rn. 24.

¹⁵⁵ Dazu Frowein, in: Frowein/Peukert, Art. 9 Rn. 24 m. w. N

¹⁵⁶ *EGMR* vom 15.02.2001 - Az 42393/98 -, NJW 2001, 2871.

Katholizismus zum Islam konvertiert war und daher im Schulunterricht regelmäßig ein Kopftuch trug. Beschwerden von Eltern gab es deswegen nicht. Das Kopftuchverbot wurde ihr unter Bezugnahme auf die in einem *öffentlichen, laizistischen Schulsystem* zu wahrende strikte Neutralität erteilt. Damit sei das Tragen eines Kopftuchs, welches ein starkes religiöses Zeichen darstelle und Schülern und Schülerinnen im Unterricht aufgedrängt werde, nicht zu vereinbaren. In seiner Entscheidung bestätigte der *EGMR* die zuvor vom *Bundesgericht* 1998 vertretene Auffassung. Dieses hatte u. a. auf Art. 27 Abs. 3 der Bundesverfassung verwiesen, wonach der Grundsatz der religiösen Neutralität im Schulbereich zu beachten sei. Zudem verwies es auf eine Entscheidung aus dem Jahre 1990, in der es festgestellt hatte, dass ein Kruzifix in einem Klassenzimmer, in dem Grundschulunterricht erteilt wurde, nicht mit der Verpflichtung zur konfessionellen Neutralität vereinbar sei.¹⁵⁷

Der *EGMR* stellte hier einen Eingriff in die Religionsfreiheit der Lehrerin fest, hielt diesen aber gem. Art. 9 Abs. 2 EMRK für gerechtfertigt, d. h. im Hinblick auf das verfolgte Ziel berechtigt, in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und nicht unverhältnismäßig. Einen Verstoß gegen das in Art. 14 EMKR verankerte Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts lehnte der *EGMR* ebenfalls ab, da aus seiner Sicht sachliche und vernünftige Gründe für die Ungleichbehandlung sprachen, ein berechtigtes Ziel verfolgt wurde und die angewandten Mittel verhältnismäßig waren. Dieser Entscheidung, auf die auch das *BVerfG*¹⁵⁸ und das *BVerwG*¹⁵⁹ trotz einer etwas anders gelagerten Ausgangslage¹⁶⁰ Bezug nehmen, ist im Ergebnis zuzustimmen, wenn auch die Begründung nicht in jeder Hinsicht zu überzeugen vermag.

Das berechtigte Ziel des Verbotes im Sinne von Art. 9 Abs. 2 EMRK sah der *EGMR* in dem "*Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung*". Gemeint waren der Schutz der religiösen Gefühle der Schüler und Schülerinnen sowie auf die Achtung des

¹⁵⁷ Vgl. *EGMR*, NJW 2001, 2871.

¹⁵⁸ *BVerfG*, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 66.

¹⁵⁹ *BVerwG*, NJW 2002, 3344.

¹⁶⁰ Anders als im Schweizer Kanton Genf gilt in der Bundesrepublik Deutschland keine strikte Trennung zwischen Staat und Kirche/Religionsgemeinschaft i. S. des Laizismus, sondern die sog. "gemäßigte Trennung", die sich vor allem in den verschiedenen Kooperationsformen zwischen Staat und Kirchen zeigt, z. B.: der Staat zieht für die Kirchen (öffentlich-rechtl. Körperschaften) die Kirchensteuer ein, die Kirchen sind in den Gremien der öffentlich-rechtl. Rundfunksender vertreten, sie nehmen entscheidenden Einfluss auf den Religionsunterricht in staatlichen Schulen, Art. 7 Abs. 3 GG. Anders als das Schweizer Bundesgericht 1990 entschied das *BVerwG* 1999, dass Kruzifixe

religiösen Friedens in der Schule. Dabei sah der *EGMR* eine Gefahr für die Kinder bereits im (bloßen) Anblick des Kopftuch, dem der Gerichtshof eine indoktrinierende Wirkung zuschrieb. Sogar eine *"bekehrende Wirkung"* des Kopftuchs schloss der *EGMR* ausdrücklich nicht aus.¹⁶¹ Die Annahme einer solchen Gefahrenlage erscheint allerdings angesichts der verschiedenen denkbaren Möglichkeiten, wie das Tragen eines Kopftuchs verstanden werden kann, nur schwer nachvollziehbar.¹⁶² Dies dürfte selbst dann gelten, wenn sich die Schüler und Schülerinnen in einem Alter befinden (hier: vier bis acht Jahre), *"in dem sie sich viele Fragen stellen und dabei leichter beeinflussbar sind als andere Schüler in weiter vorgeschrittenem Alter"*. So erscheint zweifelhaft, ob im Zusammenhang mit kindlichen Fragen die Gefahr der unzulässigen Einflussnahme tatsächlich durch den Anblick eines Kopftuchs hervorgerufen wird oder nicht vielmehr erst durch die Antworten der Person, die das Kopftuch trägt.¹⁶³ Haben die Antworten einen indoktrinierenden Inhalt, so kommt es jedoch nicht weiter darauf an, ob die antwortende Person noch zusätzlich ein Kopftuch trägt oder nicht. Auch die in der Entscheidung des *EGMR* anklingende Auffassung, das Kopftuch sei wohl auch deshalb gefährlich, weil es den Frauen durch eine Vorschrift des Koran auferlegt werde, die mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter nicht zu vereinbaren sei, bedarf einer Anmerkung.¹⁶⁴ Selbst wenn der Koran eine solche Verpflichtung vorsieht, so kommt es doch allein darauf an, ob sich die betreffende Frau dieser Vorschrift freiwillig unterwirft oder ob sie dazu gezwungen wird. Wird die Entscheidung - etwa aus religiöser Überzeugung - freiwillig getroffen, so unterwirft sie sich zwar gleichzeitig einer patriarchalischen Ordnung,¹⁶⁵ dies ist aber ihre persönliche Entscheidung und Ausdruck ihrer religiösen Selbstbestimmung. Insoweit ist sie

in Klassenräumen staatlicher Schulen mit dem staatlichen Neutralitätsgebot vereinbar sein können, BVerwGE 109, 40 ff.; vgl. dazu unten 2 d).

¹⁶¹ *EGMR*, NJW 2001, 2871, 2873.

¹⁶² Darauf ausdrücklich hinweisend BVerfG, Ur. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 53.

¹⁶³ Zutreffend auch *Britz*, KJ 2003, S. 95, 96, die insoweit von einer *"unrealistische(n) Vorstellung vom kindlichen Denk- und Wissenshorizont"* spricht.

¹⁶⁴ Vgl. auch VGH Mannheim, NJW 2001, 2899, 2905, wonach das Tragen eines Kopftuchs Zweifel bzgl. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG (Gleichstellungsauftrag) aufwerfen könne; krit. dazu *Triebel*, BayVBl. 2002, 624, 627.

¹⁶⁵ Dazu *Britz*, KJ 2003, S. 95, 100, die zutreffend darauf hinweist, dass diese einseitig Frauen treffenden Bekleidungsregeln auch einseitig Bekleidungsfreiheit nehmen, die einen Wert an sich darstellt. Dadurch wird Frauen die Möglichkeit zur Teilnahme an solchen Aktivitäten genommen, die uneingeschränkte Bewegungsfreiheit erfordern (z. B. Sport). Zudem werden Frauen in ihrer Möglichkeit beschränkt, sexuelle Reize selbstbestimmt einzusetzen (Kontrolle über Sexualität). Diese Beschränkung erfolgt auch, um sich der vermuteten Zügellosigkeit männlicher Begierde zu entziehen, die dadurch aber hingenommen wird.

nicht anders zu betrachten als andere Frauen, die sich aufgrund ihrer Religionszugehörigkeit und ihres Glaubensverständnisses freiwillig und bewusst einer patriarchalischen Ordnung unterwerfen. Dies trifft z. B. auch auf Christinnen zu, denn auch die Bibel als maßgebliche Schrift des Christentums ist nicht frei von Passagen, die klar und unmissverständlich von der Herrschaft des Mannes über die Frau ausgehen.¹⁶⁶ Dabei ist zu beachten, dass alte religiöse Überlieferungen wie der Koran oder die Bibel, die in einem bestimmten historischen und gesellschaftlichen Kontext entstanden sind, heute nicht mehr der alleinige Maßstab für die Beurteilung der Frage sein können, ob eine Religion den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter beachtet oder nicht. Entscheidend ist die aktuelle Auslegung und Praxis der betreffenden Religionsangehörigen. Im Hinblick auf den Islam existieren verschiedene Glaubensrichtungen und Schulen, die den Koran unterschiedlich interpretieren.¹⁶⁷ Dies ist auch im Christentum ähnlich, wenn auch institutionalisiert durch die verschiedenen Kirchen, innerhalb derer es wiederum unterschiedliche Ausrichtungen gibt.¹⁶⁸ Zudem sind die unterschiedlichen Gesellschaftssysteme zu beachten, in denen sich das religiöse Leben abspielt. So unterscheiden sich Christen in Deutschland sicherlich von denen in Nordirland, Muslime/-innen in Deutschland sicherlich von denen in Iran. Betrachtet man die aktuellen Glaubensbotschaften der Religionsgemeinschaften, so findet sich die traditionelle Rollenzuweisung für Mann und Frau, die mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter nicht zu vereinbaren ist, nicht nur in islamischen Gemeinschaften, sondern z. B. auch in der Lehre der katholischen Kirche. Diese sieht die "Persönlichkeit" und "Berufung der Frau" vor allem in ihrer Jungfräulichkeit und Mutterschaft (in der Ehe) verwirklicht.¹⁶⁹ Darin sollen sich "die Züge eines genauen Planes Gottes erkennen" lassen, "der angenommen und eingehalten werden muss".¹⁷⁰ Ob diese Gebote des Katholizismus mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung zu vereinbaren sind, erscheint zweifelhaft,

¹⁶⁶ Im Buch Genesis finden sich die an die Frau gerichteten Worte: "*Dennoch verlangt dich nach dem Mann, doch er wird über dich herrschen.*", Gen 3, 16.

¹⁶⁷ Zur Vielfalt islamischer Glaubensrichtungen vgl. *Hafez/Steinbach* (Hrsg.), *Juden und Muslime in Deutschland*, 1999; *Spuler-Stegemann*, *Muslime in Deutschland*, 1998, S. 101 ff. .

¹⁶⁸ Die römisch-katholische Kirche, die altkatholische Kirche, die evangelische Kirche in verschiedenen Ausrichtungen, die griechisch-/ russisch-/ syrisch-orthodoxe Kirche etc. .

¹⁶⁹ Vgl. *Mulieris Dignitatem*, *Papst Paul II über die Würde und Berufung der Frau*, 15.08.1988, S. 11, 15, 28, 30, www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_letters/documents/hf_jp-ii_apl_150.. (14.05.03); vgl. auch Brief des *Papstes Johannes Paul II an die Frauen* vom 29.06.1995, www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/documents/hf_jp-ii_let_29061995.. (14.05.03).

wurde Katholikinnen bislang aber eher selten unter dem Aspekt der mangelnden Gleichberechtigung vorgeworfen und hatte völlig zu Recht noch seltener nachteilige rechtliche Auswirkungen für sie. Entscheidend ist nämlich auch hier, dass sich Katholikinnen dem Vatikan freiwillig und selbstbestimmt unterwerfen. Das entscheidende Argument für die Rechtfertigung des Kopftuchverbots kann letztlich nur die Durchsetzung des "*berechtigten Ziel(s) der Achtung der Neutralität des Grundschulunterrichts*", das auch vom *EGMR* als maßgeblich betrachtet wird, wie sich insbesondere den Ausführungen zur Frage des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK entnehmen lässt. Der Gerichtshof prüfte hier, ob eine Diskriminierung wegen des Geschlechts darin liegen könnte, dass allein muslimische Frauen, nicht aber muslimische Männer von dem Verbot betroffen werden und letztere an öffentlichen Schulen ohne Einschränkungen unterrichten können. Ohne es ausdrücklich zu nennen, wird dabei wohl ein Fall der sog. mittelbaren Diskriminierung zugrunde gelegt. Im Rahmen der Prüfung, ob eine sachliche und vernünftige Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung gefunden werden könne, hebt der *EGMR* die Bedeutung der Gleichberechtigung der Geschlechter hervor und betont, dass insoweit "sehr gewichtige Gründe" zu fordern sind.¹⁷¹ Einen solchen sieht der *EGMR* in dem berechtigten Ziel der Achtung der Neutralität des Grundschulunterrichts. Da sich eine solche Maßnahme auch gegen einen Mann richten könne, der unter den gleichen Umständen in offenkundiger Weise aus religiösen Gründen Kleidung trage, wurde ein Verstoß gegen Art. 14 EMRK verneint.¹⁷² Diese Entscheidung dürfte im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote künftig noch Bedeutung erlangen.¹⁷³

2.) Die Entscheidungen des *BVerfG* vom 24.09.2003 und *BVerwG* vom 04.06.2002

Nach Auffassung des *BVerwG*¹⁷⁴ fehlt einer Grund- und Hauptschullehrerin die erforderliche Eignung für ihr Amt, wenn sie nicht bereit ist, auf das Tragen eines "islamischen Kopftuchs" im Unterricht zu verzichten. Nach dieser Ansicht ist das

¹⁷⁰ Brief des Papstes Johannes Paul II an die Frauen vom 29.06.1995, S. 7, www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/documents/hf_jp-ii_let_29061995... (14.05.03).

¹⁷¹ *EGMR*, Slg. 1997 -I, S. 186 Nr. 39 Van Raalte/Niederlande; *EGMR*, 1985, Serie A Bd. 94, S. 38 Nr. 78 Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich.

¹⁷² *EGMR*, NJW 2001, 2871, 2873.

¹⁷³ Vgl. dazu sogleich unter V.

¹⁷⁴ *BVerwG*, NJW 2002, 3344; krit. *Morlok/Krüper*, Auf dem Weg zum "forum neutrum"? - Die "Kopftuch-Entscheidung" des *BVerwG*, NJW 2003, 1020.

Kopftuch als Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung zu verstehen, mit dem seine Trägerin der dem Staat obliegenden Pflicht zu religiös-weltanschaulicher Neutralität nicht nachkommen könne.¹⁷⁵ Dahinter steht ein Neutralitätsverständnis, das von einer möglichst weitgehenden Befreiung des Schulwesens von religiösen Einflüssen ausgeht.

a.) Der Symbolgehalt des Kopftuchs

Anders als das BVerwG, das ohne große Begründung festgestellt hat, das "islamische Kopftuch" sei als "Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung" zu betrachten, geht das BVerfG zu Recht näher auf die Frage ein, ob dem Kopftuch überhaupt ein religiöser Aussagegehalt entnommen werden kann. Diese wurde in Literatur und Rechtsprechung bislang durchaus unterschiedlich beantwortet.¹⁷⁶ Schließlich ist ein Kopftuch zunächst einmal nur ein Bekleidungsstück, ein modisches Accessoire ohne objektive weltanschauliche oder religiöse Aussage. Zu Recht stellt das BVerfG insoweit klar, dass das Kopftuch „anders als das christliche Kreuz nicht aus sich heraus ein religiöses Symbol“ darstelle. Die Symbolkraft kann ihm vielmehr erst auf dem Kopf einer muslimischen Frau zukommen¹⁷⁷ und so die Zugehörigkeit zum Islam zum Ausdruck bringen.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Über die Übernahme eines/-r Bewerbers/-in in den Beamtendienst - Einstellung in den Schuldienst - entscheidet der Dienstherr nach pflichtgemäßem Ermessen, vgl. BVerwG, DVBl. 1990, 867. Dabei wird geprüft, ob die erforderliche "Eignung", "Befähigung" und "fachliche Leistung" vorliegen. Dies stellt einen Akt wertender Erkenntnis dar, der gerichtlich nur beschränkt daraufhin überprüft werden kann, ob der jeweils anzuwendende Begriff verkannt, der Beurteilung ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde gelegt, ob allgemeingültige Wertmaßstäbe missachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt wurden, vgl. VG Mannheim, NJW 2001, 2899, 2900. "Eignung" bezieht sich alle Eigenschaften, die nicht bereits den Bereichen "Befähigung" und "fachliche Leistung" zugeordnet werden. Die innere Einstellung kann dabei bedeutsam sein, sofern sie sich auf die Amtsausübung auswirkt. Bei der Bestimmung der erforderlichen Eigenschaften kommt es auf das jeweilige Amt an, vgl. BVerfGE 96, 152, 164; Jarass/Piero, Art. 33 Rn. 14.

¹⁷⁶ Krit. etwa Triebel, BayVBl. 2002, 624, 625: "handelt es sich beim Kopftuch wohl um kein dem Kreuz vergleichbares religiöses Symbol"; Debus, Machen Kleider wirklich Leute? - Warum der "Kopftuch"-Streit so spannend ist, NVwZ 2001, 1355 f.; Zuck, Nur ein Kopftuch? Die Schavan-Ludin-Debatte, NJW 1999, 2948, 2949; Alan/Steuten, Kopf oder Tuch - Überlegungen zur Reichweite politischer und sozialer Akzeptanz, ZRP 1999, 209, 213; VG Lüneburg, NJW 2001, 767, 770, wonach ein "Kopftuch als solches kein religiöses Symbol darstellt"; a. A. BayVG vom 23.03.2000 - Az 24 CS 00.12 -, NVwZ 2000, 952 f.: "Da das Kopftuch an sich kein Symbol ist, in dem sich ein Glaube oder eine Religion darstellt, kann ohne einen nach außen erkennbaren weiteren Bekenntnissachverhalt, der einem Beobachter die religiöse Bedeutung des Kopftuchs erst erschließt, das Tragen eines Kopftuchs nicht als Ausdruck einer bestimmten religiösen Haltung erkannt werden." (Ohne Paßbild mit Kopftuch stellen iranische Behörden keinen Paß aus, der für aufenthaltsbeendende Maßnahmen erforderlich ist.)

¹⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 50.

¹⁷⁸ Ob das Kopftuch auch das Symbol einer bestimmten inhaltlichen religiösen Überzeugung zu betrachten ist, wie vielfach angenommen, erscheint hingegen

b.) Die von dem Kopftuch ausgehenden Gefahren für die Schüler/-innen

Das *BVerfG* beschäftigt sich in seiner Entscheidung intensiv mit der Frage, ob bereits der Anblick des Kopftuchs für Schulkinder mit der Gefahr der Indoktrination verbunden ist und kam zu dem Schluß, dass es für eine solche Annahme an einer gesicherten empirischen Grundlage fehle.¹⁷⁹ Damit tritt es einem gewichtigen Einwand des *BVerwG* gegen das Kopftuch - wie auch vom *EGMR* vertreten- in begründeter Weise entgegen, indem es die mit dem Kopftuch für die betroffenen Schüler und Schülerinnen vermeintlich verbundene Gefahrensituation aufklärt. Dies trägt zur Versachlichung der Diskussion entscheidend bei, denn welcher Art die spezifischen, noch vom *BVerwG* angenommenen Gefahren des Kopftuchs sein sollten, wurde in der o. g. Entscheidung nicht hinreichend deutlich. So erklärte das *BVerwG*, Einwirkungen der durch das Kopftuch einer Lehrerin symbolisierten Glaubensinhalte auf Schüler/-innen im Grund- und Hauptschulalter von vier bis 14 Jahren (...) könnten jedenfalls nicht ausgeschlossen werden. Kinder seien mental besonders leicht zu beeinflussen, ihnen stellten sich schließlich viele Fragen. Schon diese Gefahrenanalyse vermochte nicht zu überzeugen, denn das *BVerwG* blieb in bezug auf die konkret drohenden Gefahren sehr vage.¹⁸⁰ Die zutreffende Feststellung des Gerichts, Kindern stellten sich "*viele Fragen*", half in diesem Zusammenhang nicht recht weiter. Kinder, die in einer multiethischen Gesellschaft wie derjenigen der Bundesrepublik Deutschland aufwachsen, entdecken in ihrem Umfeld zwangsläufig auch kopftuchtragende Frauen. Wenn sie diesbezüglich Fragen stellen, erscheint dies nicht weiter erschreckend - bedenklich wäre allenfalls das Gegenteil. Unter dem Gesichtspunkt der Indoktrination werden dann die Antworten maßgeblich. Fallen sie sachlich und verständlich aus, bestehen dagegen keine Bedenken. Die Schwelle zur Gefahr dürfte daher im Schulwesen ernsthaft erst dann übertreten werden, wenn Lehrer oder Lehrerinnen als staatliche Autoritäten den ihnen anvertrauten Kindern bestimmte Glaubenswahrheiten vermitteln, um diese in ihrem Verhalten entsprechend zu beeinflussen. Die Annahme, Kinder im Grundschulalter könnten mit dem Kopftuch

eher fraglich, da es insoweit um die innere Glaubenseinstellung der Kopftuchträgerin geht, die dem Kopftuch nur schwerlich entnommen werden kann.

¹⁷⁹ Die dazu befragten sachverständigen konnten von keinen gesicherten Erkenntnissen über eine derartige Beeinflussung von Kindern berichten, *BVerfG*, Ur. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 55 f.

bereits eine konkrete Glaubensüberzeugung verbinden, wurde daher in der Literatur zu Recht als unrealistisch bezeichnet.¹⁸¹ Das dürfte selbst Erwachsenen schwer fallen, angesichts der unterschiedlichen religiösen Richtungen des Islam und angesichts bestehender Wissensmängel in der Bevölkerung.¹⁸²

c.) Zum staatlichen Neutralitätsgebot im Sinne "vorsorgender Neutralität"

Das entscheidende Argument für das Verbot des Tragens eines Kopftuchs im öffentlichen Dienst kann daher nicht in etwaigen drohenden Gefahren durch das Tuch, sondern letztlich nur im staatlichen Neutralitätsgebot gesehen werden, sofern man ihm wie das *BVerwG* und der *EGMR* das Konzept eines von religiösen Einflüssen möglichst befreiten Schulwesens zugrundelegt, verstanden als "Gebot der vorsorgenden Neutralität".¹⁸³ Danach sind *"Kinder in öffentlichen Pflichtschulen ohne jegliche Parteinahme des Staates und der ihn repräsentierenden Lehrkräfte für christliche Bekenntnisse wie für andere religiöse und weltanschauliche Überzeugungen zu unterrichten und zu erziehen (und) durch einen Unterricht in einem Umfeld religiöser Neutralität von vornherein vor unzulässigen Einwirkungen"* zu schützen.¹⁸⁴

Gerade dieses Neutralitätskonzept ist jedoch, wie die Entscheidung des *BVerfG* nunmehr deutlich macht, nicht zwingend. Wie das *BVerfG* in seiner Entscheidung hervorhebt, ist die dem Staat obliegende religiös-weltanschauliche Neutralität gerade nicht im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen, sondern im Sinne einer offenen, die Glaubensfreiheit aller Bekenntnisse gleichermaßen fördernden Haltung. Es werde dem Staat lediglich verwehrt, eine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten politischen, ideologischen oder weltanschaulichen Richtung zu betreiben oder sich durch die von ihm ausgehende oder ihm zuzurechnende Maßnahmen ausdrücklich oder konkludent mit einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Weltanschauung zu identifizieren und dadurch den religiösen Frieden in einer Gesellschaft von sich

¹⁸⁰ Vgl. auch *Böckenförde*, "Kopftuchstreit" auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, 723, 728: "Grundrechte können nicht auf mgl. Verdacht hin beiseite geschoben werden. Erst wenn für eine Gefahr konkrete und sichere Anhaltspunkte bestehen ... kann dies in Betracht kommen."

¹⁸¹ *Britz*, KJ 2003, S. 95, 96.

¹⁸² Die Darstellung von islamischer Geschichte, Kultur u. Religion in deutschen Lehrbüchern soll sich in den vergangenen Jahren aber deutlich verbessert haben, so das Ergebnis der Islam-Tagung der Kultusministerkonferenz im März 2003, vgl. FR v. 14.03.2003.

¹⁸³ Vgl. dazu bereits *BVerfGE* 93, 1, 21; *BVerwGE* 109, 40, 48.

¹⁸⁴ *BVerwG*, NJW 2002, 3244, 3245 f.

aus zu gefährden.¹⁸⁵ Christliche Bezüge seien daher bei der Gestaltung der öffentlichen Schule nicht schlechthin verboten, die Schule müsse aber auch offen für andere weltanschauliche und religiöse Inhalte und Werte sein. In dieser Offenheit bewahre der Staat des GG seine religiöse und weltanschauliche Neutralität.¹⁸⁶ Der Landesgesetzgeber könne daher den mit zunehmender religiöser Pluralität verbundenen gesellschaftlichen Wandel zum Anlaß zu nehmen, das zulässige Ausmaß der religiösen Bezüge in der Schule neu zu bestimmen und die Anforderungen, die an die "Eignung" für das Lehramt zu stellen sind, zu konkretisieren.¹⁸⁷

Zur näheren gesetzlichen Ausgestaltung der religiösen Bezüge legt sich das BVerfG jedoch nicht fest. So sieht es einerseits gute Gründe dafür, die zunehmende religiöse Vielfalt auch in den Bereich der Schule aufzunehmen, um dadurch gegenseitige Toleranz einzuüben und letztlich einen Integrationsbeitrag zu leisten. Andererseits aber nennt es ebenfalls gute Gründe für das Gegenteil, nämlich für ein strikteres und distanzierteres Verständnis der staatlichen Neutralitätspflicht im Schulwesen, da die Aufnahme religiöser Vielfalt in der Schule auch mit einem größeren Potential an möglichen Konflikten mit Schülern/-innen, Eltern und Lehrern/-innen verbunden sei. Für das strikte Verständnis zur Vermeidung eines Konflikts von vornherein spricht dann, das äußere Erscheinungsbild der Lehrkräfte frei von religiösen Bezügen zu halten.¹⁸⁸ Damit wird vom *BVerfG* neben dem "vorsorgenden Neutralitätskonzept" erkennbar auch ein "realitätsbezogenes Neutralitätskonzept" in Betracht gezogen, das die Wirklichkeit widerspiegelt und insoweit auch alle in der Gesellschaft vorhandenen religiösen Bekenntnisse auch auf Seiten der Lehrpersonen zulassen kann.¹⁸⁹

Der Landesgesetzgeber hat dabei sowohl die Glaubensfreiheit der Lehrer/-innen¹⁹⁰ und der betroffenen Schüler/-innen, das Erziehungsrecht der Eltern sowie

¹⁸⁵ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 43; BVerfGE 93, 1, 16.

¹⁸⁶ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 43.

¹⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 43, 47 ff., 66; zur Bedeutung der unterschiedlichen Neutralitätsverständnisse für den Kopftuchstreit vgl. auch *Debus*, Der Kopftuchstreit in Baden-Württemberg - Gedanken zu Neutralität, Toleranz und Glaubwürdigkeit, KJ 1999, 176 ff.

¹⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 66.

¹⁸⁹ In diesem Sinne etwa VG Lüneburg, Urt. v. 16.10.2000 - 1 A 98/00 - , NJW 2001, 767; *Britz*, KJ 2003, 95, 97.

¹⁹⁰ Anders als in der Kruzifix-Entscheidung lag hier nicht nur eine zweipolige Beziehung zwischen Staat und Schülern/-innen bzw. deren

die staatliche Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität angemessen zu berücksichtigen und einen "für alle zumutbaren Kompromiß" zu finden.¹⁹¹ Darin aber liegt das eigentliche Problem. Wie soll dieser "für alle zumutbare Kompromiß" aussehen? Anhaltspunkte sieht das *BVerfG* etwa in den landesüblichen "Schultraditionen", in der "konfessionellen Zusammensetzung der Bevölkerung" und ihre "mehr oder weniger starken religiösen Verwurzelung", so dass in den einzelnen Ländern künftig verschiedene Regelungen denkbar erscheinen.¹⁹² Sicherlich falsch wäre es aber diese Passage dahingehend zu interpretieren, wenn ein Bundesland wie Bayern, das katholisch geprägt ist und traditionell - auch nach der sog. Kruzifix-Entscheidung des *BVerfG*¹⁹³ - z. B. Kruzifixe in staatlichen Klassenräumen anbringen läßt,¹⁹⁴ sich nunmehr auf diese "Schultradition" und die überwiegend katholische Konfessionszugehörigkeit seiner Bevölkerung berufen würde, um den Lehrpersonen das Tragen unüblicher religiöser Symbole wie das islamische Kopftuch zu verbieten, christliche Symbole aber zu erlauben. Dies würde auf eine im Hinblick auf Art. 33 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 4 Abs. 1 GG sachlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung hinauslaufen, denn aus dem GG ist eine Vorrangstellung von "Mehrheitsreligionen" oder gar des Christentums nicht herzuleiten. Insofern betont auch das *BVerfG* im Hinblick auf Art. 33 Abs. 3 GG ausdrücklich, dass die gesetzliche Einführung einer Dienstpflicht, die es Lehrern/-innen verbietet, in ihrem äußeren Erscheinungsbild die eigene Religionszugehörigkeit erkennen zu lassen, nur dann gesetzlich begründet und

Erziehungsberechtigten vor, sondern eine dreipolige, in der sich die staatliche Repräsentantin zusätzlich auf eigene Grundrechte berufen konnte.

¹⁹¹ *BVerfG*, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 47, 62.

¹⁹² *BVerfG*, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 47.

¹⁹³ *BVerfGE* 93, 1 ff.

¹⁹⁴ Das *BVerfG* hatte 1995 in der "Kruzifix"-Entscheidung die alte Regelung des § 13 Abs. 1 S. 3 der Schulordnung für die Volksschulen in Bayern, wonach in den öffentlichen Volksschulen in jedem Klassenzimmer ein Kreuz anzubringen war, wegen Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 1 GG für verfassungswidrig erklärt. Die daraufhin ergangene Neuregelung des Art. 7 Abs. 3 S. 1 BayEUG ordnete bzw. ordnet für alle Volksschulen des Landes Bayern nach wie vor an, dass in jedem Klassenraum ein Kreuz anzubringen ist. Nach Art. 7 Abs. 3 S. 3, S. 4 BayEUG wird jedoch den Eltern die Möglichkeit eingeräumt, dem Anbringen des Kreuzes aus "ernsthaften und einsehbaren Gründen des Glaubens oder der Weltanschauung" zu widersprechen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift wurde vom *BVerwG* 1999 bejaht, *BVerwGE* 109, 40 ff. Es vertrat die Auffassung, Art. 7 Abs. 3 BayEUG könne verfassungskonform ausgelegt werden: Wenn sich die Widersprechenden auf ernsthafte und einsehbare Gründe stützten und weder eine Einigung zustande komme noch andere zumutbare, nicht diskriminierende Ausweichmöglichkeiten bestünden, müssten sich die Widersprechenden letztlich durchsetzen. Ein freies Vetorecht jedoch wurde ihnen ausdrücklich nicht eingeräumt. Diese Entscheidung hat zum Ergebnis, dass Eltern von diesem Widerspruchsrecht nur selten Gebrauch machen, um ihre Kinder nicht in eine Außenseiterstellung zu bringen, so dass in Bayern nach wie vor Kreuze in den Klassenräumen hängen.

durchgesetzt werden kann, "wenn Angehörige unterschiedlicher Religionsgemeinschaften dabei gleich behandelt werden."¹⁹⁵

Klarheit muss die Landesgesetzgebung daher zunächst über das jeweils zugrundegelegte Neutralitätskonzept erlangen. Legt sie das o. g. "realitätsnahe Neutralitätskonzept" zugrunde, so ergibt sich daraus die Konsequenz, dass prinzipiell alle in der Gesellschaft vorhandenen religiösen Bekenntnisse auch in der Person der Lehrer und Lehrerinnen zum Ausdruck kommen dürfen müssen. Denkt man diesen Gedanken zu Ende, so wird deutlich, dass dann der Einbezug religiöser Kleidung im Hinblick auf die unterschiedlichen Religionen in vielfältiger Form in Betracht kommt und z. B. auch der im Iran verbreitete Tschador oder die in Afghanistan verbreitete Burka dazu zählen können, ebenso der Turban männlicher Sikhs, die jüdische Kipa, christliche Trachten usw. usw.. Staatliche Bereiche wie das Schulwesen werden dann in Zukunft ein völlig neues Aussehen erhalten. Zudem werden in bezug auf andere staatliche Bereiche, etwa die Gerichtsbarkeit, dadurch entsprechende Fragen aufgeworfen.¹⁹⁶

Angesichts des mit dem "realitätsnahen Neutralitätskonzept" verbundenen, bereits erkennbaren Konfliktpotential, erscheint das Konzept der vorsorgenden Neutralität vorzugswürdig. Der Verwirklichung der „vorsorgenden Neutralität“ kommen diejenigen Lösungen am nächsten, die bereits im Vorwege zur Vermeidung eines möglichen Konflikts beitragen, indem sie den in Betracht kommenden Konflikten von vornherein die Grundlage entziehen.¹⁹⁷ Das bedeutet vor allem, dass der Staat in den Bereichen, die er als eigene Aufgabe vorsorgend in Anspruch nimmt und zu deren Durchführung er entsprechende Pflichten für die Bürger und Bürgerinnen vorsieht (im Bildungsbereich: allgemeine Schulpflicht, staatliche Lehrpläne), gar nicht erst den Eindruck erwecken darf, er könne eine bestimmte Religion oder Weltanschauung bevorzugen oder ablehnen und dadurch bestimmte Religionsangehörige diskriminieren. Insoweit kommt es im Bereich des staatlichen Schulwesens auch nicht erst auf den möglicherweise indoktrinierenden Inhalt des Unterrichts an, sondern bereits auf das äußere Bild, das vom staatlichen

¹⁹⁵ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 47, 70 f..

¹⁹⁶ VGH Mannheim, NJW 2001, 2899, 2902.

¹⁹⁷ BVerwGE 109, 40, 48.

Schulwesen vermittelt wird.¹⁹⁸ Es geht dabei weniger um die Angst vor irgendwelchen - derzeit nicht nachweisbaren - bedrohlichen Einflüssen des Kopftuchs als vielmehr um die tatsächliche Gewährleistung der "friedlichen Koexistenz" der im Bereich des Schulwesens anzutreffenden vielfältigen religiösen Auffassungen. Unabhängig von tatsächlich eintretenden Konflikten erscheint hier entscheidend, dass erst gar keine Situation eintritt, die auch nur den Anschein erweckt, der Staat könne eine der aufeinander treffenden Rechtspositionen einseitig bevorzugen und Kinder durch Lehrkräfte in staatlichen Schulen in einer bestimmten religiösen oder weltanschaulichen Weise beeinflussen. Anderenfalls verliert der Staat die für eine friedliche Koexistenz seiner Angehörigen notwendige Glaubwürdigkeit und Akzeptanz. Insofern ist aber auch konsequentes staatliches Agieren erforderlich. So erscheinen Kruzifixe in Klassenzimmern öffentlicher Schulen und das gleichzeitige Verbot religiös motivierter Kleidung kaum glaubwürdig vermittelbar.

Folgt man dem Konzept der "vorsorgenden Neutralität", so ist das Lernen "unter dem Kopftuch" ebenso wenig wie das Lernen "unter dem Tuch" mit dem staatlichen Neutralitätsgebot zu vereinbaren. Dabei trifft das Neutralitätsgebot nicht nur den Staat abstrakt. Die Umsetzung des Erziehungsauftrags unter Beachtung des Neutralitätsgebots erfolgt durch die an den Schulen tätigen Lehrkräfte, deren Aufgabe es ist, die staatlich festgelegten Erziehungsziele zu verwirklichen und den Erziehungsauftrag zu erfüllen. Insofern ist auch an der - zuzugebenden - "Fiktion einer gänzlich neutralen Lehrperson"¹⁹⁹ festzuhalten, so dass das Grundrecht der Lehrperson auf Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG, letztlich hinter die Neutralitätspflicht des Staates zurücktreten muss. Die damit verbundenen Einschränkungen von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten der Lehrperson, die - wie Art. 4 Abs. 1 GG und Art. 33 Abs. 3 GG - vorbehaltlos gewährt werden und damit von besonderem Rang. Einschränkungen kommen nur durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang in Betracht. Im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG, der zwar keinen Anspruch auf Übernahme in ein öffentliches Amt - also die Zulassung zum Beruf der Lehrerin - gewährt, sind Beschränkungen durch subjektive Zulassungsbeschränkungen zulässig, die jedoch einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Die insofern in Betracht

¹⁹⁸ Zur Parallelproblematik einer Richterin mit Kopftuch vgl. *Laskowski/Dietrich*, Eine Richterin mit Kopftuch?, JURA 2002, 271 ff.

kommenden beamtenrechtlichen Regelungen enthalten jedoch keine konkreten Vorgaben für die insofern erforderliche "Eignung". Angesichts der mit einer Ablehnung wegen mangelnder Eignung betroffenen verfassungsrechtlichen Freiheits- und Gleichheitsrechte einer kopftuchtragenden Lehramtsanwärterin, ist dem BVerfG zu folgen, wenn es diesbezüglich aus Gründen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips (Wesentlichkeitsgrundsatz) und zur Vermeidung von Diskriminierungen der Angehörigen unterschiedlicher Religionen eine gesetzliche Regelung für erforderlich hält.²⁰⁰

3. Die Entscheidung des BVerfG vom 30.07.2003 und des BAG vom 10.

Oktober 2002

Durch den Beschluß des BVerfG vom 30. Juli 2003, durch den Verfassungsbeschwerde der Kaufhausbetreiberin gegen das Urteil des BAG vom 10. Oktober 2002²⁰¹ mangels Erfolgsaussichten nicht zur Entscheidung angenommen wurde, ist das Urteil des BAG bestätigt worden. Danach hat das BAG bei der Auslegung und Anwendung der Kündigungsvorschriften die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit nicht verkannt. Das BAG hatte entschieden, dass allein das Tragen eines "islamischen Kopftuchs" eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung nicht rechtfertigt, § 1 Abs. 2 KSchG.²⁰² Weder Eignung noch Fähigkeit einer Verkäuferin zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung sah das BAG durch das Kopftuch beeinträchtigt, so dass ein personenbedingter Kündigungsgrund nicht in Betracht kam. Auch eine verhaltensbedingte Kündigung wegen Verstoßes gegen Bekleidungsanforderungen der Arbeitgeberin war nach Auffassung des BAG nicht zu rechtfertigen. Grundsätzlich kann sich zwar eine Pflicht zum Tragen branchenüblicher Bekleidung aus einer Arbeitgeberweisung oder dem Gebot vertraglicher Rücksichtnahme ergeben,²⁰³ wodurch das

¹⁹⁹ So die Kritik von *Britz*, KJ 2003, S. 95, 97.

²⁰⁰ BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 -, Absatz-Nr. 66 f., 70 f.

²⁰¹ BAG v. 10.10.2002 - 2 AZR 472/01 - <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>; vgl. auch die zust. Anm. von *Thüsing*, Vom Kopftuch zum Angriff auf die Vertragsfreiheit, NJW 2003, 405, 407 und *Seifert*, Federal Labor Court strengthens religious freedom at the workplace, GLJ Vol. 4 No. 6, 01.06.2003, <http://www.germanlawjournal.com>.

²⁰² Es kam auf die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs "sozialwidrig" an, der vom BAG eingeschränkt darauf geprüft wurde, ob ihn die Vorinstanz verkannt hatte, d. h. ob Denkgesetze oder allgm. Erfahrungssätze verletzt worden waren, ob bei der gebotenen Interessenabwägung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt wurden u. das Urteil in sich widerspruchsfrei war. Lt. LAG war die Verkäuferin verpflichtet, sich "ohne auffällige, provozierende, ungewöhnliche fremdartige Akzente" zu kleiden, Hess LAG vom 21.06.2001 - 3 Sa 1448/00.

²⁰³ Sofern keine Vereinbarung im Arbeitsvertrag oder eine Regelung in einer Betriebsvereinbarung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG besteht, vgl. *Dieterich* in: Erfurter Kommentar, 3. Aufl., Art. 2 GG Rn. 88 m. w. N.

grundrechtlich gewährleistete Persönlichkeitsrecht einer Arbeitnehmerin, das auch die freie Gestaltung ihres Äußeren einschließlich ihrer Kleidung schützt, in zulässiger Weise eingeschränkt werden kann.²⁰⁴ Allerdings darf das Weisungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB nur nach „billigem Ermessen“ ausgeübt werden. Die danach geforderte "Billigkeit" wird inhaltlich durch die Grundrechte mitbestimmt. *"Kollidiert das Recht des Arbeitgebers, im Rahmen seiner gleichfalls grundrechtlich geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), (...), den Inhalt der Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers näher zu konkretisieren, mit grundrechtlich geschützten Positionen des Arbeitnehmers, so ist das Spannungsverhältnis im Rahmen der Konkretisierung und Anwendung der Generalklausel des § 315 BGB einem grundrechtskonformen Ausgleich der Rechtspositionen zuzuführen."* Das BAG löste das Spannungsverhältnis zwischen dem hochrangigen Grundrecht auf Glaubens- und Religionsfreiheit der Verkäuferin und dem konkurrierenden Grundrecht der Unternehmerfreiheit der Arbeitgeberin hier zugunsten der Verkäuferin. Allerdings stütze es das Abwägungsergebnis maßgeblich darauf, dass die Arbeitgeberin die von ihr behaupteten betrieblichen Störungen oder wirtschaftlichen Einbußen nicht hinreichend plausibel dargelegt hatte. Angesichts des hohen Stellenwertes der Glaubensfreiheit müssten aber *"solche realen Gefährdungen konkret"* dargelegt werden. Bloße Vermutungen und Befürchtungen seien hingegen nicht ausreichend, um Grundrechte *„auf einen möglichen ‚Verdacht‘ hin“ beiseite zu stellen*. Diese Auffassung wird zu Recht durch den Beschluß des BVerfG ausdrücklich gestützt.²⁰⁵ Angesichts fehlender Erfahrungssätze dahingehend, dass die Beschäftigung einer Verkäuferin mit "islamischem Kopftuch" notwendigerweise zu erheblichen wirtschaftlichen Einbußen führt, durfte sich das BAG nicht mit dem Hinweis des Arbeitgebers auf rein hypothetisch eintretende wirtschaftliche Nachteile durch mögliche Kundenverluste zufrieden geben. Subjektive Ängste können keinesfalls zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Glaubensfreiheit der Arbeitnehmerin ausreichen.²⁰⁶

²⁰⁴ Dieterich, in: Erfurter Kommentar, 3. Aufl., Art. 2 GG Rn. 88; Preis, in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 805; BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – <http://www.bundesarbeitsgericht.de/> (S. 11 d. Urteils).

²⁰⁵ BVerfG v. 30.07.2003 – 1 BvR 792/03 -, Absatz-Nr. 24 f., http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20030730_1bvr079203.html.

²⁰⁶ BVerfG v. 30.07.2003 – 1 BvR 792/03 -, Absatz-Nr. 25; vgl. auch Böckenförde, NJW 2001, 723, 728.

Offen ließ das BAG jedoch die interessante Frage, ob die rechtliche Beurteilung anders ausfallen müßte, wenn sich die Befürchtungen "in nennenswertem Maße" realisieren und entsprechende Umsatzeinbußen eintreten würden.²⁰⁷ Ob dann u. U. auf bestehende Ressentiments der Kundschaft gegenüber Kopftuchträgerinnen, die letztlich auf subjektiver Ablehnung der Fremdheit des Kopftuchs und seiner Trägerin beruhen, Rücksicht zu nehmen wäre, erscheint eher zweifelhaft. Insoweit dürfte die objektive Wertentscheidung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zum Tragen kommen, die im Bereich der religiösen Anschauungen noch durch Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG verstärkt wird.²⁰⁸ Insofern ergibt sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG i. V. m. Art. 14 EMRK ein Auftrag an den Staat, Diskriminierungen aufgrund der dort genannten Kriterien durch Private entgegenzuwirken.²⁰⁹ Da die Ressentiments letztlich in direkter oder mittelbarer Anknüpfung an die in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Kriterien die bloße Fremdheit und Andersartigkeit bestimmter Menschen betreffen, erscheinen sie nicht schützenswert.²¹⁰ Diese Betrachtung wird auch durch das Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Gemeinschaft gestützt.²¹¹ Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass sich bei Rücksichtnahme auf bestehende (oder vermeintliche) Ressentiments das Kopftuchverbot für die betroffenen Arbeitnehmerinnen faktisch als subjektive Berufswahlbeschränkung²¹² auswirken würde (Art. 12 Abs. 1 GG). Die Bekleidungsfrage würde zum Zugangskriterium für den Beruf der Verkäuferin. Dadurch käme es zu einer rechtlichen Fixierung des Berufsbildes der "kopftuchlosen Verkäuferin". Subjektive Berufswahlbeschränkungen sind jedoch nur dann zulässig, wenn sie dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Im Hinblick auf das Kopftuchverbot geht es aber nicht um den Schutz eines Gemeinschaftsguts, sondern um den Schutz von privaten Wirtschaftsinteressen. Zwar wird auch die Unternehmerfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.²¹³ Eine Rechtfertigung für

²⁰⁷ Nach Ansicht des BAG ist jedenfalls zu prüfen, ob mögliche Störungen anders als durch Kündigung ausgeräumt werden können.

²⁰⁸ Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 105.

²⁰⁹ Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 119.

²¹⁰ In diesem Sinne wohl auch Thüsing, NJW 2003, 405, 407.

²¹¹ Dazu näher unter V. .

²¹² Subjektive Berufswahlbeschränkungen beeinflussen die Berufswahl, Art. 12 Abs. 1 GG, anhand persönlicher Eigenschaften und Fähigkeiten - etwa Alter, Eignung, Zuverlässigkeit - u. sind nur dann zulässig, wenn sie geeignet, erforderlich u. verhältnismäßig sind, vgl. Jarass/Pieroth, Art. 12 Rn. 26.

²¹³ BVerfG v. 30.07.2003 – 1 BvR 792/03 -, Absatz-Nr. 24 f..

den Ausschluss kopftuchtragender Frauen von Berufen wie dem der Verkäuferin lässt sich daraus aber kaum herleiten.²¹⁴

V. Gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote

Von erheblicher Bedeutung werden künftig vor allem die - noch nicht umgesetzten -gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote sein, die von Gesetzgebung und Rechtsprechung der Mitgliedstaaten zu beachten sind.²¹⁵

1.) Die Gleichbehandlungsrichtlinien 2000/78/EG, 2000/43/EG und 76/207/EWG i. V. m. 2002/73/EG

Das Gemeinschaftsrecht sieht im Primärrecht kein dem Art. 141 EG entsprechendes Diskriminierungsverbot für Diskriminierungen wegen der Religion vor. Art. 13 EG regelt lediglich die Kompetenz des Rates für geeignete Vorkehrungen, um Diskriminierungen u.a. aus Gründen des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung zu bekämpfen. Er ist die Grundlage für die Gleichbehandlungsrichtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG. Beide Richtlinien orientieren sich an der inzwischen durch die Richtlinie 2002/73/EG geänderten Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des *EuGH*. Die Richtlinien beinhalten umfassende Diskriminierungsverbote und konkretisieren damit Art. 21 der GRCh.²¹⁶ Die o. g. Kopftuch-Entscheidungen betreffen den Anwendungsbereich der drei genannten Richtlinien. Daher stellt sich die Frage, ob unter Beachtung der Richtlinien, die sehr konkret gefasst sind und dem nationalen Gesetzgeber nur wenig Umsetzungsspielraum lassen, die rechtliche Wertung anders ausfallen müsste. Da die Richtlinien aufeinander abgestimmt sind und inhaltlich übereinstimmende Definitionen des Diskriminierungsbegriffs sowie der Rechtfertigungstatbestände verwenden, soll dieser Frage exemplarisch anhand der Richtlinie 2000/78/EG nachgegangen werden. Sie betrifft ebenso wie die beiden anderen Richtlinien sowohl den privaten wie auch den öffentlichen Sektor.²¹⁷

²¹⁴ Anders bei der Lehrerin: der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist aus den o. g. Gründen zu 2 d) gerechtfertigt.

²¹⁵ Dazu näher die Beiträge in *Rust/Däubler/Falke/Lange/Plett/Scheiwe/Sievekings (Hrsg.), Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, Loccumer Protokolle 40/03, 2003.*

²¹⁶ ABl. C 364 v. 18.12.2000, S. 1. Dazu näher unten V. 2.

²¹⁷ Allein der Anwendungsbereich der sog. Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG geht weiter (soziale Sicherheit, Bildung, Zugang zu und Versorgung mit Gütern u. Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen), vgl. Art. 3, und wirkt auch direkt in die zivilrechtl.

a.) Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

Nach Art. 1 RL 2000/78/EG wird durch die Richtlinie ein allgemeiner Rahmen *"zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten"* geschaffen. Nach Art. 2 Abs. 1 ist die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe untersagt. Art. 2 Abs. 2 a) definiert die "unmittelbare Diskriminierung". Diese liegt dann vor, *"wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde"*. Eine "mittelbare Diskriminierung" liegt nach Art. 2 Abs. 2 b) hingegen vor, *"wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können"*. In bezug auf das Kopftuchverbot für Lehrerinnen bzw. Verkäuferinnen kommt eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 b) der Richtlinie in Betracht, da Anknüpfungspunkt jeweils neutral formulierte Vorschriften des Beamtenrechts ("Eignung") bzw. des Arbeitsrechts ("sozial gerechtfertigt") sind, die nur in einer bestimmten rechtlichen Auslegung bestimmte Religionsangehörige - muslimische Frauen - dadurch benachteiligen, dass sie von bestimmten beruflichen Tätigkeiten ausgeschlossen werden. Angeknüpft werden kann auch an die betreffende Maßnahme selbst. Die Nichteinstellung der angehenden Lehrerin bzw. Kündigung der Verkäuferin knüpft nicht an die Zugehörigkeit zum Islam an, sondern neutral an ein äußerlich sichtbares religiöses Symbol - insoweit kommt natürlich jedes sichtbare religiöse Symbol in Betracht.²¹⁸

b.) Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierung

Privatautonomie hinein, vgl. dazu *Marlene Schmidt*, Das Arbeitsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 2001, III Rn. 150, 153; *Nickel*, Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, 2668; *Mahlmann*, Gleichheitsschutzprobleme und Privatautonomie. Probleme und Perspektiven der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG gegen Diskriminierungen aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft, ZEUS 2002, 407, 412.

²¹⁸ Kreuz, Kipa, Turban, Kopftuch etc.; vgl. auch *Brenner*, VVDStRL 59 (2000), S. 264, 283 f., der das Tragen christl. Symbole durch Lehrpersonen für unzulässig hält.

Mittelbare Diskriminierungen können allerdings nach Art. 2 Abs. 2 b) i) durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt werden, sofern das jeweilige Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich ist.²¹⁹ Im Hinblick auf den Beruf der Lehrerin, bei dem der Staat durch die betreffende Person repräsentiert wird, kommt eine Rechtfertigung des diskriminierungsgeeigneten Kopftuchverbots auf der Grundlage des vorsorgenden Neutralitätskonzepts in Betracht, das als rechtmäßiges Ziel die Wahrung und Durchsetzung der staatlichen Pflicht zu religiöser und weltanschaulicher Neutralität im Schulbereich bezweckt. Das Kopftuchverbot erscheint als Mittel zur Durchsetzung dieses Ziels auch angemessen und erforderlich. Ein milderer Mittel, insbesondere das probeweise Kopftuchtragen, kommt im Schulbereich nicht in Betracht, da ansonsten die vorsorgende staatliche Neutralität nicht gewahrt und die friedliche Koexistenz im öffentlichen Schulwesen gefährdet wäre. Anders im Bereich des privaten Berufssektors. Als rechtmäßiges Ziel des Kopftuchverbots könnte hier im Hinblick auf Art. 16 GRCh zwar die Abwehr von Gefahren für wettbewerbsbezogene Wirtschaftsinteressen des Unternehmens zu erwogen werden.²²⁰ Allerdings dürfte insoweit eine bloß vermutete Gefahrenlage nicht ausreichen. Sofern sich die Gefährdung der Unternehmensinteressen - etwa in Form von Umsatzeinbußen - als Folge eines geänderten Konsumverhaltens der Kundschaft einstellt, welches wiederum auf rassistisch motivierten Ressentiments der Kundschaft gegenüber Kopftuchträgerinnen basiert, erscheint ein Kopftuchverbot letztlich jedenfalls nicht angemessen. Anderenfalls würde dem Ziel der sog. Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG entgegengewirkt. Ausweislich deren Erwägungsgrund 23 will die Richtlinie *"die Entwicklung demokratischer und toleranter Gesellschaften"* gewährleisten, *"um allen Menschen - ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft - eine Teilhabe (zu) ermöglichen"*. Die erfolgreiche soziale Eingliederung setzt jedoch die gleichberechtigte Teilhabe am wirtschaftlichen Leben voraus.²²¹ Eine Rechtfertigung des Kopftuchverbots im privaten Sektor dürfte daher zu verneinen sein.²²²

²¹⁹ Bzgl. RL 200/43/EG vgl. den entspr. formulierten Art. 2 Abs. 2 b); bzgl. RL 73/2002/EG i. V. m. 76/207/EWG vgl. Art. 2 Abs. 2 2. Spiegelstrich.

²²⁰ In Anknüpfung an EuGH v. 13.05.1986, Rs 170/84 *bilka*, Slg. 1986, 1607 (Rn. 36) und EuGH v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 *Enderby*, Slg. 1993, 5535 (Rn. 25): "wirkliches Bedürfnis des Unternehmens".

²²¹ So zutreffend *Marlene Schmidt*, III Rn. 188 unter Hinweis auf die Begr. der Komm., KOM (1999) 566 endg., 5. Vgl. auch den Vorschlag der Komm. für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung von Rassismus u. Fremdenfeindlichkeit vom 28.11.2001, der davon ausgeht, dass die europäische Gesellschaft *"multikulturell und multi-ethnisch strukturiert"* ist und gerade *"ihre*

Eine weitere Rechtfertigungsmöglichkeit ist in Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG vorgesehen.²²³ Danach können die Mitgliedstaaten regeln, *"dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Art. 1 genannten Diskriminierungsgründe steht, keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt."* Insoweit wird den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie ein Handlungsspielraum eingeräumt.²²⁴ Es besteht demnach für den deutschen Gesetzgeber die Möglichkeit berufsbezogene Regelungen vorzusehen, die etwa in Bezug auf den Lehrerberuf im öffentlichen Schulwesen an das Merkmal der "persönlichen Eignung" anknüpfen, das wiederum die Religionszugehörigkeit einer Person betreffen kann. Das Merkmal der "persönlichen Eignung", das die Beachtung der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates und der ihn repräsentierenden Personen im Schulunterricht impliziert, kann - wie oben dargelegt - als "entscheidende berufliche Anforderung" im Sinne der Richtlinie betrachtet werden. Die Einhaltung des staatlichen Neutralitätsgebots verfolgt auch einen in einem demokratischen und pluralen Gemeinwesen rechtmäßigen Zweck, denn es gewährleistet die friedliche Koexistenz der im öffentlichen Schulwesen aufeinandertreffenden verschiedenen Religionsangehörigen. Das Kopftuchverbot stellt schließlich auch eine angemessene Anforderung zur Erreichung dieses Zwecks dar, da ein milderes Mittel - wie oben dargelegt - nicht in Betracht kommt. Die für Lehrerinnen mit dem Kopftuchverbot verbundene Einschränkung lässt sich somit auch nach Art. 4 Abs. 1 rechtfertigen.

Anders ist hingegen die rechtliche Betrachtung in Bezug auf das Kopftuchverbot bzw. damit verbundene Tätigkeitsverbot für Verkäuferinnen. Die Berufstätigkeit kann hier gleichermaßen mit und ohne Kopftuch ausgeübt werden, ohne dass es

Diversität (...) einen positiven Beitrag und eine Bereicherung" darstellt. Rassismus u. Fremdenfeindlichkeit gelten als "unmittelbarer Verstoß gegen die Grundsätze der Freiheit, Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit, auf die sich die Europäische Union gründet und die - wie in Art. 6 des EU-Vertrages verankert - allen Mitgliedstaaten gemeinsam" sind, KOM (2001) 664 endg., 2.

²²² Bzgl. RL 2000/43/EG daher auch keine Rechtfertigung nach dem entspr. formulierten Art. 2 Abs. 2b).

²²³ Bzgl. RL 2000/43/EG kommt eine Rechtfertigung nach dem entspr. formulierten Art. 4 in Betracht, bzgl. RL 2002/73/EG i. V. m. RL 76/207/EWG nach Art. 2 Abs. 6.

dadurch zu einer "Qualitätsbeeinträchtigung" der Tätigkeit kommt. In der fehlenden Kopfbedeckung kann daher keine entscheidende berufliche Anforderung im Sinne der Richtlinie gesehen werden, so dass sich das Kopftuchverbot nach Art. 4 Abs. 1 schon deshalb nicht rechtfertigen lässt.

c.) Ausnahme vom Anwendungsbereich

Schließlich soll noch auf Art. 2 Abs. 5 hingewiesen werden, der für bestimmte, in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen vorgesehene Maßnahmen eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG formuliert. Danach findet die Richtlinie auf solche Maßnahmen keine Anwendung, die im einzelstaatlichen Recht vorgesehen und *"in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind."* Der unspezifische Begriff der Maßnahmen umfasst hier offenbar sowohl mittelbare wie auch unmittelbare Diskriminierungen. Aus den Erwägungsgründen lässt sich nicht entnehmen, welche Art von Maßnahmen der Richtliniengeber bei der Formulierung von Art. 2 Abs. 5 im Auge hatte.²²⁵ Es fällt zudem nicht leicht sich vorzustellen, welche diskriminierenden Maßnahmen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein könnten - abgesehen von sog. positiven Maßnahmen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie, die bislang diskriminierte Personen begünstigen können, um dadurch das von der Richtlinie anvisierte Ziel der tatsächlichen Gleichstellung der Betroffenen zu erreichen. Solche Maßnahmen dürften von Art. 2 Abs. 5 aber angesichts der ausdrücklichen Regelung des Art. 7 kaum gemeint sein. In Hinblick darauf, dass Erwägungsgrund 4 der Richtlinie klar von der Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und dem Recht auf Schutz vor Diskriminierungen als allgemeines Menschenrecht ausgeht, dürfte der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 5 letztlich sehr eng sein. Will sich ein Mitgliedstaat auf ihn berufen, so wird er das Vorliegen der Voraussetzungen klar darlegen müssen. Dazu gehört auch der Nachweis der Verhältnismäßigkeit der betreffenden Maßnahme im Einzelfall, denn

²²⁴ Laut Erwägungsgrund 23 kommt bzgl. Art. 4 Abs. 1 eine Rechtfertigung nur *"unter sehr begrenzten Bedingungen"* in Betracht. Zu Art. 4 Abs. 1 RL 2000/42/EG vgl. *Mahlmann*, ZEUS 2002, 407, 423.

²²⁵ Die nur schwer verständliche Regelung des Art. 2 Abs. 5 stellt vermutlich eine (Über-)Reaktion auf das "Kreil"-Urteil des EuGH dar, in dem die Anwendbarkeit der RL 76/207/EWG auf den freiwilligen Dienst in der Bundeswehr mangels Vorbehalts für die öffentliche Sicherheit bejaht wurde, vgl. *Marlene Schmidt*, III Rn. 188; *Skidmore*, ILJ 2001, 126, 129 f.

nach Art. 2 Abs. 5 muß die Maßnahmen "notwendig" sein, also geeignet und erforderlich.²²⁶

Im Hinblick auf die künftige Bedeutung der EMRK und des EGMR für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts (s. u.) ist noch einmal auf die Begründung des *EGMR*²²⁷ hinzuweisen. Hier könnte im Hinblick auf Art. 2 Abs. 5 u. U. der Gedanke aufkommen, die Richtlinie 2000/78/EG sei für Lehrerinnen im öffentlichen Schulwesen womöglich gar nicht einschlägig. Der *EGMR* hält das Kopftuchverbot ausdrücklich zum "*Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, der Ordnung und der öffentlichen Sicherheit*" für gerechtfertigt. Insoweit wird zwar auf den Schutz der Schüler und Schülerinnen vor einer möglichen Indoktrination durch das Kopftuch Bezug genommen, gleichzeitig aber einräumt, es sei schwierig, überhaupt den möglichen Einfluss des Kopftuchs auf Grundschulkindern abzuschätzen. Trotz dieser unklaren und vagen Gefahrenlage hält der *EGMR* das Verbot zum Schutz der "*Rechte und Freiheiten anderer*" für gerechtfertigt. Dies erscheint wenig überzeugend. Gänzlich ohne Begründung bleibt schließlich die apodiktische Feststellung des *EGMR*, das Kopftuchverbot diene der "*Ordnung und der öffentlichen Sicherheit*" und sei dementsprechend als eine in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahme zu betrachten. Solche bloß vermuteten Gefahren und apodiktischen Feststellungen dürften nicht ausreichen, um Art. 2 Abs. 5 für einschlägig zu erklären. Anderenfalls würde der in Art. 1 der Richtlinie genannte Zweck unterlaufen.

2.) Europäische Grundrechte und die Bedeutung der EMRK

Auf die Zweifel an der Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EGMR auf Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie 2000/78/EG hinzuweisen erscheint nicht unwichtig, denn die Rechtsprechung des *EGMR* wirkt sich auch im Rahmen des Gemeinschaftsrechts aus. Zwar ist das für die Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG wie auch für die anderen Gleichbehandlungsrichtlinien maßgebliche Gericht der *EuGH*. Der zu beachtende Maßstab ergibt sich vor allem aus den Grundfreiheiten und dem Kanon der durch den *EuGH* entwickelten und konkretisierten europäischen Grundrechte. Dabei hat der Gerichtshof den Inhalt der Grundrechte mit Hilfe der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der von allen

²²⁶ Ebenso *Marlene Schmidt*, III Rn. 188. Einer Einzelfallprüfung bedarf es allerdings in bezug auf die Merkmale "Alter" u. "Behinderung" nicht, soweit es um die Streitkräfte geht, vgl. Art. 3 Abs. 4 RL 2000/78/EG.

²²⁷ *EGMR*, NJW 2001, 2871, 2873.

Mitgliedstaaten ratifizierten EMRK ermittelt. In diesem Zusammenhang nimmt er auch auf die Rechtsprechung des *EGMR* Bezug. Inzwischen sind die vom *EuGH* entwickelten Grundrechte in der am 7. Dezember 2000 proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)²²⁸ kodifiziert worden. Die Richtlinie 2000/78/EG konkretisiert - ebenso wie die beiden anderen Gleichbehandlungsrichtlinien - Art. 21 Abs. 1 der GRCh, der ein subjektiv-rechtlich formuliertes Verbot von Diskriminierungen wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung enthält. Er wird ergänzt durch das in Art. 23 Abs. 1 GRCh enthaltene Gebot der Gleichbehandlung von Männern und Frauen.²²⁹ Nach Art. 52 Abs. 3 GRCh kommt den in der GRCh gewährten Rechten, soweit sie den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite zu, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird. Dabei handelt es sich jedoch um einen Mindestschutz, über den das Recht der Union nach Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GRCh hinausgehen kann.

Art. 21 Abs. 1 GRCh und Art. 14 EMRK enthalten zum Teil gleichlautende Diskriminierungsmerkmale. Soweit Art. 21 Abs. 1 GRCh mit Art. 14 EMRK zusammenfällt, soll Art. 21 GRCh gemäß Art. 14 EMRK Anwendung finden.²³⁰ Insoweit wird auch die Rechtsprechung des *EGMR* für die Auslegung von Art. 21 Abs. 1 GRCh und die ihn konkretisierende RL 2000/78/EG bedeutsam. Entsprechendes gilt für die Auslegung von Art. 10 Abs. 1 GRCh, der das Grundrecht der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit garantiert. Insoweit soll Art. 10 GRCh nach Art. 52 Abs. 3 GRCh die gleiche Bedeutung und Tragweite haben wie Art. 9 EMRK, so dass auch hier die Rechtsprechung des *EGMR* zu beachten ist. Der Streit darüber, ob der GRCh nur politische Bedeutung oder aber auch rechtliche Verbindlichkeit zukommt, dürfte sich im Hinblick auf die künftige Verfassung der EU in Kürze erledigen, denn die GRCh wird unverändert

²²⁸ ABl. C 364 vom 18.12.2000.

²²⁹ Der *EuGH* betrachtet den allgem. Gleichheitssatz als Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts, dazu *Kingreen*, in: Callies/Blanke (Hrsg.), Komm. zum EG/EU-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rn. 170 m. w. N. (Fn. 486).

²³⁰ Rat der EU, Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Erläuterungen zum vollständigen Wortlaut, Dezember 2000, Erläuterung zu Art. 21, S. 39.

in den Verfassungsvertrag übernommen werden.²³¹ Noch nicht abschließend geklärt ist das Verhältnis zwischen dem *EuGH* und dem *EGMR*. Die Gemeinschaft ist zwar bislang nicht selbst unmittelbar an die EMRK gebunden, weil sie nicht Vertragspartei der EMRK ist. Für den Grundrechtsschutz besteht demnach eine Parallelzuständigkeit von *EuGH* und *EGMR*.²³²

VI. Fazit und rechtspolitischer Ausblick

Die rechtliche Wertung, Lehrerinnen im öffentlichen Schulwesen das Tragen von äußerlich erkennbaren religiösen Symbolen wie dem religiös motivierten Kopftuch zu untersagen, ist verfassungsrechtlich durch die staatliche Neutralitätspflicht im Sinne der vorsorgenden Neutralität gerechtfertigt und mit dem gemeinschaftsrechtlichen Antidiskriminierungsrecht zu vereinbaren. Demgegenüber lässt sich ein entsprechendes Verbot im Bereich des privaten Sektors, etwa gegenüber Verkäuferinnen, weder verfassungsrechtlich noch gemeinschaftsrechtlich rechtfertigen. Die RL 2000/78/EG wird den Schutz vor Diskriminierung wegen der Religion verstärken, da danach unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen nur noch sehr eingeschränkt zulässig sind. Der Gesetzgeber bleibt aufgefordert, das gemeinschaftsrechtliche Gleichstellungskonzept der RL 2000/78/EG i. V. m. RL 2000/43/EG und RL 2002/73/EG fristgemäß umzusetzen und das Problem der Diskriminierung wegen der Religion - und Ethnie - nicht nur als Problem Einzelner, sondern auch als Ausdruck eines gesamtgesellschaftlichen Konflikts zu begreifen. Eine angemessene Konfliktlösung erfordert sachliche und konsequente gesetzliche und rechtliche Entscheidungen, die letztlich auch die Frage aufwerfen, ob das derzeit

²³¹ Die Grundrechte werden in Teil 2 des Verfassungsvertrages aufgenommen, Art. I-7 Abs. 1, Europäischer Konvent, Bd. I des Verfassungsvertrages v. 12.06.2003, CONV 797/1/03. Es sprechen schon jetzt gute Gründe dafür, die GRCh bereits in der Übergangszeit als rechtserheblich zu betrachten. So haben sich bereits eine Reihe von GA auf die GRCh als Quelle der Identifikation von Gemeinschaftsgrundrechten bezogen, vgl. z. B. GA Alber, Rs. C-340/99 TNT Traco, GA Tizzano, Rs. C-173/99 BECTU; GA Stix-Hackl, Rs. C 49/00 Komm. gegen Italien, Rs. C-131/00 Nilsson, Rs. C-459/99 MRAX; GA Geelhoed, Rs. C-413/99 Baumbast und R, Rs. C-313/99 Mulligan u. a.; GA Léger, Rs. C-353/99 P Rat gegen Hautala u. a., Rs. C-309/99 Wouters. Das Gericht erster Instanz hat bereits zweimal auf die GRCh verwiesen, vgl. Ur. v. 30.01.2002, T-54/99 max-mobil u. Ur. v. 03.05.2002, T-177/01 Jégo-Quééré. Ansonsten bleibt der "Umweg" über Art. 6 Abs. 2 EUV und die dort genannten "gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten", die durch die GRCh konkretisiert werden, ebenso *Kingreen*, in *Calliess/Blanke* (Hrsg.), Ert. 6 EU-Vertrag Rn. 43; *Calliess*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, 261, 267; *Marlene Schmidt*, I Rn. 86; *Zuleeg*, Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte, EuGRZ 2000, 511, 514.

²³² Vgl. *Kingreen*, in *Calliess/Blanke* (Hrsg.), Kommentar des Vertrages über die EU und des Vertrages zur Gründung der EG, 2. Aufl. (2002), Art. 6 EU-Vertrag Rn. 92a. Der VerfassungsGE sieht nun eine solche Beitrittsmöglichkeit der Gemeinschaft in Art. 5 Abs. 2 vor.

geltende Modell der "hinkenden Trennung" zwischen Staat und Religionsgemeinschaften möglicherweise weiterzuentwickeln ist in Richtung Laizismus. Notwendig ist auch eine klare staatliche Absage an solche religiös-politischen Vereinigungen wie den inzwischen verbotenen Verein "Kalifatsstaat", deren Wertordnung in Kontrast zu den Werten des Grundgesetzes steht.²³³ Erforderlich ist zudem ein vernünftiges Migrations- bzw. Zuwanderungsrecht, das die möglichen gesellschaftlichen Konflikte von vornherein mitberücksichtigt und einer interessengerechten Lösung zuführt und letztlich Teil eines europäischen Migrationskonzepts ist.²³⁴

²³³ Verbot des "Kalifatstaats" wg. Verstoßes gg. das GG u. den Gedanken der Völkerverständigung durch das BMI am 08.12.2001; bestätigt durch BVerwG, Urt. v. 27.11.2002 - 6 A 1/02, 6 A 3/02, 6 A 4/02 u. 6 A 9/02.

²³⁴ Vgl. dazu Mitteilung der Komm. an den Rat und das Europäische Parlament über einen Aktionsplan zur Erhebung und Analyse statistischer Daten durch die Gemeinschaft im Bereich der Migration vom 15.04.2003, als Grundlage für die künftige Gemeinschaftspolitik im Bereich Asyl u. Migration, KOM (2003) 179 endg.