

## Kopftuch als Eignungsmangel ?

*Relevante Normen: Art. 33 II i.V.m. Art. 4 I, II i.V.m. Art. 33 III GG*

*Copyright by Rolf Schmidt – Oktober 2003*

Jüngst hatte das BVerfG (Urteil v. 24.9.2003 - 2 BvR 1436/02) über die Frage zu entscheiden, ob das (beabsichtigte) Tragen eines Kopftuches im Unterricht durch eine muslimische Lehrerin einen Eignungsmangel darstellt, der es dem Dienstherrn ermöglicht, von der Einstellung abzusehen.

Der *Zweite Senat* des BVerfG hat entschieden, daß ein Verbot für Lehrkräfte, in Schule und Unterricht ein Kopftuch zu tragen, im geltenden Recht des Landes Baden-Württemberg keine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage finde. Der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel könne für den Gesetzgeber Anlaß zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule sein.

Damit hat das BVerfG auf die Verfassungsbeschwerde einer Lehrerin, die ihre Einstellung als Beamtin auf Probe in den Schuldienst des Landes Baden-Württemberg anstrebt, festgestellt, daß die entgegenstehenden Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und der zuständigen Behörden des Landes Baden-Württemberg die Beschwerdeführerin (B) in ihren Rechten aus Art. 33 II i.V.m. Art. 4 I, II und mit Art. 33 III GG verletzen. Das Urteil des BVerfG wurde aufgehoben und die Sache dorthin zurückverwiesen. Die Entscheidung ist mit fünf gegen drei Stimmen ergangen. Ob dieser Entscheidung gefolgt werden kann, soll im folgenden, anhand einer gutachterlich aufbereiteten Darstellung, geklärt werden.

**Sachverhalt<sup>1</sup>:** B begehrt die Einstellung als Beamtin auf Probe in den staatlichen Schuldienst. Sie ist in Afghanistan geboren, besitzt aber seit vielen Jahren die deutsche Staatsbürgerschaft. Zum 01.04.2003 bewarb sie sich für die Einstellung in den niedersächsischen Schuldienst für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen. Am 12.02.2003 kam es zu einem Vorstellungsgespräch, bei dem auch das Tragen eines Kopftuches zur Sprache kam, das B während der Dienstzeit innerhalb und außerhalb des Unterrichts in jedem Fall tragen will. Gleichzeitig versicherte B aber, auf die religiösen und weltanschaulichen Belange der Schüler Rücksicht zu nehmen. Eine Woche später, am 19.02.2003 erhielt B eine Einstellungsabsichtserklärung. Nachdem der Einstellungsbehörde nun aber Bedenken kamen, beabsichtigte sie, das Einstellungsangebot zurückzunehmen. Daher wurde B mit Schreiben vom 21.03.2003 zur beabsichtigten Rücknahme des Einstellungsangebots angehört. Zur Begründung dafür gab die Einstellungsbehörde an, die verfassungsrechtlich geforderte Neutralität der Schule, das Erziehungsrecht der Eltern nach Art. 6 II GG und die negative Glaubensfreiheit der Schüler aus Art. 4 I, II GG verlangten, daß die Lehrkräfte sich in einer Weise kleideten, daß die Schüler in der Schule, besonders aber im Unterricht, nicht einem ihrer Überzeugung widersprechenden religiösen oder weltanschaulichen Einfluß ausgesetzt seien. Mit Schreiben vom 26.03.2003 teilte die Einstellungsbehörde der B mit, ihre Einstellungsabsichtserklärung sei als gegenstandslos zu betrachten. Hinderungsgrund sei die bereits vormalig vertre-

---

<sup>1</sup> In Anlehnung an BVerfG, Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02; BVerwGE **116**, 359 ff. (mit Bespr. v. *Lyra*, JA **2003**, 119 ff. und *Neureither*, JuS **2003**, 541 f.); VG Lüneburg NJW **2001**, 767 ff. (mit Bespr. von *Böckenförde*, NJW **2001**, 723 ff. und *Debus*, NVwZ **2001**, 1355 ff.). Sachverhalt und Datumsangaben sind gegenüber der Entscheidung des BVerfG leicht modifiziert.

tene Auffassung. Am 28.03.2003 erhielt B darüber hinaus noch ein Schreiben des Inhalts, daß es nach eingehender Auswertung aller vorliegenden Bewerbungen nicht möglich gewesen sei, ihre Bewerbung um Einstellung als Lehrkraft auf eine Stelle bzw. einen Arbeitsplatz zum 01.04.2003 zu berücksichtigen. Nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren erhebt B Klage vor dem Verwaltungsgericht. Mit Erfolg?

### **I. Sachentscheidungs Voraussetzungen**

Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 126 I BRRG eröffnet. Statthaft ist die Verpflichtungsklage gem. § 42 I Alt. 2 VwGO), da die B die Einstellung zur Beamtin auf Probe begehrt, und eine Einstellung zum Beamten einen Verwaltungsakt darstellt. Die Klagebefugnis (§ 42 II VwGO) ist zu bejahen, weil nicht ausgeschlossen werden kann, daß die B in ihren Rechten aus Art. 33 II, III, GG verletzt ist. Von der fristgerechten Klageerhebung und dem Vorliegen der übrigen Sachentscheidungs Voraussetzungen (insbesondere dem Vorverfahren gem. § 126 III BRRG) ist auszugehen.

### **II. Begründetheit**

B könnte durch die Ablehnung in ihren Rechten aus Art. 33 II i.V.m. Art. 4 I, II GG i.V.m. Art. 33 III GG verletzt worden sein. Sollte eine Rechtsverletzung zu bejahen sein, folgt daraus ein Anspruch auf Einstellung gem. Art. 33 II GG (vgl. § 113 V S. 1 VwGO).

#### **1. Voraussetzungen für die Einstellung**

Nach der gegenwärtigen Rechtslage ist die Einstellungsentscheidung strikt nach dem Wortlaut des Art. 33 II, III GG (wiederholt in § 8 BBG, § 7 BRRG und in den Landesbeamtengesetzen) an der **Eignung, Befähigung** und der **fachlichen Leistung** auszurichten (sog. Leistungsprinzip). Daraus folgt, daß zwar kein materiell-rechtlich ausgeformter Anspruch auf Einstellung besteht, der Bewerber um eine Beamtenstelle aber das Recht auf pflichtgemäße und vor allem sachgerechte Beurteilung und Entscheidung des gestellten Antrags hat. Sollte sich dabei herausstellen, daß keine sachlichen Gründe gegen eine Einstellung sprechen, so verdichtet sich dieses Recht zum Recht auf den Erhalt des (in Rede stehenden) Amtes. Folglich ist vorliegend zu prüfen, ob sich die Ablehnung der B auf sachliche Gründe stützt.

An der Befähigung und der fachlichen Leistung hinsichtlich der B bestehen keine Zweifel. Solche wurden von der Einstellungsbehörde auch nicht angeführt. Fraglich ist dagegen die **Eignung** der B.

Hinsichtlich der genannten Kriterien steht auch im Schulrecht der **Einstellungsbehörde** nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ein **Beurteilungsspielraum**<sup>2</sup> zu, der gerichtlich nur beschränkt überprüfbar ist, und zwar im Hinblick darauf, ob die Einstellungsbehörde die anzuwendenden Begriffe verkannt, ihrer Beurteilung einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde gelegt, allgemeine Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachwidrige Erwägungen angestellt oder Verfahrensfehler begangen hat. Im vorliegenden Fall kommt lediglich eine Mißachtung allgemeiner Wertmaßstäbe in Betracht, da die Einstellungsbehörde einen Eignungsmangel allein deshalb angenommen hat, weil B im Unterricht ein Kopftuch tragen möchte.

Beachtung von allgemeinen Wertmaßstäben bedeutet im zu prüfenden Fall, daß die Einstellungsbehörde gegenläufige Prinzipien in ein Verhältnis **praktischer Konkordanz** bringen muß.

---

<sup>2</sup> Generell zum Beurteilungsspielraum bei dienstlichen Beurteilungen vgl. BVerfG NVwZ **2002**, 1368 f.

Das Tragen eines Kopftuchs durch B in Schule und Unterricht fällt unter den Schutz des Grundrechts der Glaubens- bzw. Bekenntnisfreiheit (Art. 4 I, II GG)<sup>3</sup>. In Widerstreit mit diesem Grundrecht treten der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag i.V.m. dem Prinzip **religiös-weltanschaulicher Neutralität** (Art. 4 I, II u. 7 I GG), die **negative Bekenntnisfreiheit** der Schüler bzw. der Eltern (Art. 4 I GG) sowie das **elterliche Erziehungsrecht** (Art. 6 II GG), die allesamt mit der Glaubens- bzw. Bekenntnisfreiheit der B in einen Ausgleich zu bringen sind.<sup>4</sup>

Bringen Lehrkräfte religiöse oder weltanschauliche Bezüge in Schule und Unterricht ein, kann dies den in Neutralität zu erfüllenden staatlichen Erziehungsauftrag, das elterliche Erziehungsrecht und die negative Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler beeinträchtigen.

Hinsichtlich der dem Staat gebotenen religiös-weltanschaulichen Neutralität ist zu beachten, daß diese nicht 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 ist. Dies gilt insbesondere auch für den Bereich der Pflichtschule. Christliche Bezüge sind bei der Gestaltung der öffentlichen Schule nicht schlechthin verboten; die Schule muß aber auch für andere weltanschauliche und religiöse Inhalte und Werte offen sein. In dieser Offenheit bewahrt der freiheitliche Staat des Grundgesetzes seine religiöse und weltanschauliche Neutralität. Insoweit drängt sich eine nicht zu rechtfertigende Kollision mit der staatlichen Neutralitätspflicht nicht auf.

Hinsichtlich der Kollision mit der negativen Bekenntnisfreiheit der Schüler und dem elterlichen Erziehungsrecht ist es zumindest möglich, daß dadurch Schüler beeinflußt und Konflikte mit Eltern ausgelöst werden, die den Schulfrieden stören und die Erfüllung des Erziehungsauftrags der Schule gefährden können. Auch die Bekleidung von Lehrern, die als religiös motiviert verstanden werden kann, kann so wirken. Soll daher das Tragen eines Kopftuches unterbunden werden, stellt sich dies nach Auffassung der die Entscheidung des BVerfG tragenden Senatsmehrheit<sup>5</sup> als **Eingriff in die Religionsfreiheit** dar, wofür eine hinreichend bestimmte **gesetzliche Grundlage** erforderlich sei. Denn diese Bewertung gehe mit einer Einschränkung des vorbehaltlos gewährten Grundrechts aus Art. 4 I und II GG einher. Der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel müsse Anlaß sein, das zulässige Ausmaß religiöser Bezüge in der Schule gesetzlich zu bestimmen. Die Schule sei der Ort, an dem unterschiedliche religiöse Auffassungen unausweichlich aufeinanderträfen und wo sich dieses Nebeneinander in besonders empfindlicher Weise auswirke. Wie auf die gewandelten Verhältnisse zu antworten sei, habe nicht die Exekutive zu entscheiden. Vielmehr bedürfe es hierfür einer Regelung durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber. Nur er verfüge über eine Einschätzungsprärogative, die Behörden und Gerichte nicht für sich in Anspruch nehmen könnten. Ein Kopftuchverbot in öffentlichen Schulen als Element einer gesetzgeberischen Entscheidung über das Verhältnis von Staat und Religion im Schulwesen könne die Religionsfreiheit zulässigerweise einschränken. Diese Annahme

---

<sup>3</sup> Daß die Grundrechte grundsätzlich auch im Beamtenverhältnis und bei der Tätigkeit des Beamten gelten und nicht etwa beim Eintritt in das Beamtenverhältnis, wie man das noch nach 1949 meinte, an der Tür „abgegeben“ werden, wurde bereits umfassend erörtert. In der Fallbearbeitung sollte ein kurzer Hinweis auf die grundsätzliche Geltung der Grundrechte im Beamtenverhältnis genügen. Längere Ausführungen sind dagegen entbehrlich (vgl. auch BVerfG, Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02; BVerwGE 116, 359 ff.; *Lyra*, JA 2003, 119 ff.).

<sup>4</sup> Vgl. dazu jüngst BVerfG, Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02; BVerwGE 116, 359 ff. und VGH München NVwZ 2002, 1000 ff.

<sup>5</sup> Die Entscheidung erging – wie bereits erwähnt – mit 5:3 Stimmen.

stehe auch im Einklang mit Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichteten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen. Dies gelte vor allem dann, wenn die betroffenen Grundrechte - wie hier - von der Verfassung ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet seien und eine Regelung damit in notwendiger Weise ihre verfassungsimmanenten Schranken bestimmen und konkretisieren müsse. Solche Regelungen seien dem Parlament vorbehalten, um sicher zu stellen, daß Entscheidungen von solcher Tragweite nicht der Exekutive überlassen bleiben. Daher sei die Sache an das BVerwG zurück zu verweisen.<sup>6</sup>

Damit statuiert das BVerfG mit seiner Mehrheitsentscheidung also einen **Gesetzesvorbehalt** für das Tragen eines Kopftuches im Schulunterricht durch eine beamtete Lehrerin.

Dieser Richterspruch verkennt jedoch, daß Beamte nicht nur Grundrechtsträger, sondern aufgrund ihrer Einbindung in den Staat auch Grundrechtsverpflichtete sind. Beamte sollen sich nicht nur auf ihre Grundrechte berufen können, sondern auch den grundsätzlichen Vorrang der Dienstpflichten und den darin verkörperten Willen der demokratischen Organe achten. Das Beamtenverhältnis als besondere Nähebeziehung zwischen Bürger und Staat ist gerade keine vom Grundrechtsanspruch des Beamten geprägte Rechtsbeziehung. Wer Beamter werden will, strebt (nicht zuletzt aus Gründen der Alimentation) gerade die Nähe zur öffentlichen Gewalt an und begehrt - wie vorliegend die B - die Begründung eines besonderen Dienst- und Treueverhältnisses zum Staat. Diese Pflichtenstellung überlagert den grundsätzlich auch für Beamte geltenden Schutz der Grundrechte, soweit Aufgabe und Zweck des öffentlichen Amtes dies erfordern und verhältnismäßig erscheinen lassen. Die dem Beamten obliegenden Verpflichtungen sind entscheidend für das Vertrauen der Bürger in die Erfüllung der Aufgaben des demokratischen Rechtsstaats. Hieraus folgt das Neutralitäts- und Mäßigungsgebot der Beamten, das der grundsätzlichen Neutralitätspflicht des Staates auch für den religiösen und weltanschaulichen Bereich entspricht. Es kennzeichnet das Berufsbeamtentum, daß der Dienstherr Dienstpflichten nach den jeweiligen Bedürfnissen einer rechtsstaatlichen und sachlich wirksamen Verwaltung festlegt. Diese Prinzipien gelten unmittelbar von Verfassungen wegen. Die Anforderungen an Zurückhaltung und Neutralität des Beamten bedürfen deshalb weder allgemein noch im Schulverhältnis weiterer gesetzlicher Konkretisierung.<sup>7</sup>

Die vorliegend zu beurteilende Eignungsbeurteilung darf auch nicht mit einem Eingriff in die Glaubensfreiheit verwechselt werden. Die Neutralitätspflicht des beamteten Lehrers, die mit der negativen Bekenntnisfreiheit der Schüler bzw. der Eltern und dem elterlichen Erziehungsrecht in einen Ausgleich zu bringen sind, ergibt sich aus der Verfassung selbst, insbesondere aus Art. 33 II GG. Das Verlangen nach einer gesetzlichen Grundlage verkennt den Beurteilungsmaßstab für die Eignungsbeurteilung. Der Dienstherr muß gerade *vor* der Einstellungsentscheidung im Rahmen einer Prognose beurteilen, ob der Bewerber die erforderliche Eignung, Befähigung und Leistung erbringt bzw. erbringen wird. Denn die Entfernung eines Beamten auf Lebenszeit aus dem Dienst wegen Verletzung seiner Dienstpflichten ist nach den Bestimmungen der Beamtengesetze nur sehr eingeschränkt möglich. Der Dienstherr hat also dafür zu sorgen, daß niemand Beamter

---

<sup>6</sup> BVerfG, Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02 – Mehrheitsauffassung.

<sup>7</sup> So das zutreffende Minderheitsvotum zum Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02.

wird, der nicht die Gewähr dafür bietet, die aus Art. 33 V GG folgenden Dienstpflichten einzuhalten.

Die dem Landesgesetzgeber von der Senatsmehrheit anheimgestellte Aufgabe, sich unmittelbar aus Verfassungsrecht ergebende Beschränkungen deklaratorisch nachzuzeichnen, geht somit fehl. Denn es ist nicht Sache des BVerfG, zumal ein solches Gesetz möglicherweise in späteren Verfahren vor dem BVerfG erneut auf den Prüfstand gestellt wird. Zudem wird die Volksvertretung im Unklaren gelassen, wie eine verfassungsgemäße Regelung aussehen könnte. Daß eine gesetzliche Rechtsgrundlage „hinreichend bestimmt“ genug sein muß, ist vor dem Hintergrund des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips eine Selbstverständlichkeit und keine Besonderheit des vorliegenden Falles. Auch erfahren Rechtsprechung und Verwaltung nicht, wie sie bis zum Erlaß eines Landesgesetzes verfahren sollen. Mit der unerwarteten Forderung der Senatsmehrheit nach einem Gesetz für die Begründung von Dienstpflichten wird das auch dem Staat als Verfahrensbeteiligtem zustehende Prozeßrecht auf rechtliches Gehör nicht hinreichend berücksichtigt. Ein solcher Gesetzesvorbehalt war auch in der mündlichen Verhandlung nicht ernsthafter Gegenstand des Rechtsgesprächs. Das Land hätte dazu Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten müssen. Angesichts dieses prozessualen Versäumnisses hätte dem Landesgesetzgeber auch nach der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Gesetzesvorbehalt eine angemessene Übergangsfrist gewährt werden müssen. Dies hätte die Auswirkungen einer Überraschungsentscheidung gemindert. Der Landesgesetzgeber hätte dann auch für den vorliegenden Fall eine wirksame gesetzliche Grundlage schaffen können. Schließlich bleibt auch unklar, wie das BVerwG mit dem zurückverwiesenen Rechtsstreit weiter verfahren soll. Einerseits müßte es auf der Grundlage der Annahme der Senatsmehrheit der Klage zur Zeit stattgeben, was aus Gründen der Ämterstabilität zu beamtenrechtlich vollendeten Tatsachen führen würde, andererseits käme auch eine Aussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in Betracht, bis der Landtag eine lehrerdienstrechtliche gesetzliche Grundlage geschaffen hat.<sup>8</sup>

Geht man mit dem Minderheitsvotum davon aus, daß eine gesetzliche Grundlage nicht erforderlich ist, bleibt es bei dem der Einstellungsbehörde eingeräumten Beurteilungsspielraum. *Diese* hat also im Rahmen einer Prognoseentscheidung den Ausgleich zwischen den genannten widerstreitenden Interessen vorzunehmen.

Als Ausgangspunkt für diesen Ausgleich gilt, daß für eine muslimische Lehrerin weder ein Recht auf ungehinderte Verwirklichung ihrer Bekenntnisfreiheit im Sinne des Islam ohne Rücksicht auf die Schüler besteht noch von ihr auf Grundlage von Art. 4 I GG und mit Blick auf den dargelegten Bildungsauftrag der Schule ein pauschales Verheimlichen der Existenz und des Inhalts ihrer Religion verlangt werden kann.<sup>9</sup> Daher läßt sich eine Kleidung, die Bekenntnischarakter hat und, von einer Lehrkraft getragen, pädagogisch nicht irrelevant ist, erst dann beanstanden, wenn sie eine gewisse Toleranzgrenze eindeutig überschreitet oder durch sie der Schulfriede nachhaltig gestört wird.<sup>10</sup> Ob das der Fall ist, hängt in erster Linie von der Intensität der Bekenntnisbehandlung ab. Abzustellen ist dabei, wie das Kopftuch auf einen Betrachter wirken kann.

---

<sup>8</sup> So das zutreffende Minderheitsvotum zum Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02.

<sup>9</sup> So VG Lüneburg NJW 2001, 767, 769 und jüngst BVerwGE 116, 359, 360 ff.

<sup>10</sup> Vgl. VG Lüneburg NJW 2001, 767, 769 unter Bezugnahme von *Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht I, 3. Aufl. 2000, Rn 512. Vgl. auch nun BVerwGE 116, 359 ff. sowie *Niehues*, NVwZ 2001, 872, 875 f., *Debus*, NVwZ 2001, 1355, 1356 ff. und *Lyra*, JA 2003, 119 ff.

Ein Kopftuch, das von einer muslimischen Lehrerin im Zusammenhang mit modischer Kleidung verschiedenfarbig getragen wird, kann durchaus als im Rahmen des Üblichen angesehen werden, vergleichbar dem Kreuz an einer Halskette und der jüdischen Klippa oder der Priesterkleidung katholischer Geistlicher bzw. dem Habit einer Ordensschwester.<sup>11</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn von dem (auffälligen) Kopftuch eine Suggestivwirkung in Form einer fundamentalen Grundeinstellung auf die Schüler ausgeht. Hierbei ist allerdings zu beachten, daß ein (wenn auch auffälliges) Kopftuch nicht losgelöst von seiner Trägerin gesehen werden kann, denn diese wirkt im Unterricht mit ihrer gesamten Persönlichkeit.<sup>12</sup> Bietet die Persönlichkeit der Lehrerin die Gewähr, daß sie den Schülern religiös-weltanschaulich offen gegenübertritt, sie in keiner Weise zu missionieren oder indoktrinieren sucht, ist eine mögliche Suggestivwirkung des Kopftuches äußerst gering.

Eine Überschreitung der Toleranzgrenze könnte aber angenommen werden, wenn man die Argumente zur amtlichen Ausstattung des Klassenzimmers mit einem **Kruzifix** heranzieht. Diesbezüglich haben das BVerfG<sup>13</sup> und das BVerwG<sup>14</sup> entschieden, daß jene Ausstattung unmittelbar von Staats wegen erfolgt und allein dem **(zur religiösen Neutralität verpflichteten) Staat** zuzurechnen ist. Der Staat sei **von Verfassung wegen verpflichtet, die Neutralität der Schule sicherzustellen**.

Tragen Lehrer jedoch aufgrund **individueller Entscheidung** religiös deutbare Bekleidung, so kann dies mit einer staatlichen Anordnung, religiöse Symbole in der Schule anzubringen, nicht gleichgesetzt werden. Der Staat macht mit der Hinnahme einer bestimmten Bekleidung einer einzelnen Lehrerin diese Aussage nicht schon dadurch zu seiner eigenen und muß sie sich auch nicht als von ihm beabsichtigt zurechnen lassen. Ein von der Lehrerin aus religiösen Gründen getragenes Kopftuch kann allerdings deshalb besonders intensiv wirken, weil die Schüler für die **gesamte Dauer des Schulbesuchs** mit der im Mittelpunkt des Unterrichtsgeschehens stehenden Lehrerin **ohne Ausweichmöglichkeit konfrontiert sind**. Darin besteht gerade der Unterschied zur genannten jüdischen Klippa oder der Priesterkleidung katholischer Geistlicher bzw. dem Habit einer Ordensschwester; dort ist der Sichtkontakt auf die jeweilige Unterrichtsstunde beschränkt, zudem besteht die Möglichkeit, einen Alternativunterricht zu bekleiden – etwa LER. Gleichwohl fehlt gegenwärtig eine gesicherte empirische Grundlage für die Annahme, daß vom Tragen des Kopftuchs bestimmende Einflüsse auf die religiöse Orientierung der Schulkinder ausgehen. Für ein mit der Abwehr bloß möglicher, abstrakter Gefährdungen begründetes *vorbeugendes* Verbot für Lehrkräfte, religiös motivierte Kleidung zu tragen, fehlt somit die Grundlage.<sup>15</sup>

## 2. Ergebnis

Die von der Einstellungsbehörde im Rahmen einer praktischen Konkordanz vorgenommene Entscheidung beruht auf einer Fehlinterpretation der staatlichen Neutralitätspflicht, der negativen Bekenntnisfreiheit der Schüler und dem Elternrecht. Ein Fehlen der Eignung der B allein aus dem Tragen des Kopftuches herzuleiten stellt somit eine nach Art. 33 II/III GG, § 7 BRRG, § 8 NdsBG, § 11 BWBG unzulässige Benachteiligung der B wegen ihres Glaubens und ihres nach außen gewendeten Bekenntnisses dar. Die Ablehnungsentscheidung der Einstellungsbehörde ist daher rechtswidrig und verletzt die

<sup>11</sup> Vgl. *Böckenförde*, NJW **2001**, 723, 727 und *Janz/Rademacher*, JuS **2001**, 440 ff.

<sup>12</sup> VG Lüneburg NJW **2001**, 767, 770; *Debus*, NVwZ **2001**, 1355, 1356 f.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE **93**, 1 ff.

<sup>14</sup> BVerwGE **116**, 359 ff.

<sup>15</sup> So die Mehrheitsentscheidung BVerfG, Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02.

B in ihrem Recht auf fehlerfreie Entscheidung der Einstellungsbehörde hinsichtlich des Zugangs zum Lehramt. Die Klage der B ist begründet. Sie muß eingestellt werden, sofern sich nicht andere Gründe finden lassen, die eine Ablehnung rechtfertigen würden.<sup>16</sup> Doch solche wurden nicht geltend gemacht.

### 3. Fazit

Somit ist zwar im Ergebnis, nicht aber mit ihrer Begründung der Mehrheitsentscheidung des BVerfG zu folgen. Fehl geht insbesondere das Erfordernis einer gesetzlichen Rechtsgrundlage für das Tragen eines Kopftuches im Unterricht. Da eine solche (noch) nicht vorhanden ist, war die B einzustellen. In Zukunft wird also entscheidend sein, ob sich die befürchtete Suggestivwirkung von Kopftüchern bestätigt und ob der Schulfriede nachhaltig gestört wird. Dann nämlich liegt das vom BVerfG für erforderlich gehaltene empirische Material vor, das ein Kopftuchverbot rechtfertigen würde. Sollten demnach die staatliche Neutralitätspflicht, die negative Bekenntnisfreiheit der Schüler und das Elternrecht beeinträchtigt sein, kann aber bereits auf der Grundlage von Art. 33 II GG eine sachgerechte Lösung herbeigeführt werden. Einer gesetzlichen Grundlage bedarf es auch dann nicht.

Keine Aussagen enthält das Urteil des BVerfG hinsichtlich der EU-Verträglichkeit des geforderten Gesetzes. Ein Gesetz muß nämlich nicht nur mit dem Grundgesetz und der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar sein, sondern auch mit Europäischem Gemeinschaftsrecht, dort sogar mit Sekundärrecht. Zieht man die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/43/EG heran (die im übrigen bis zum 19.7.2003 in deutsches Recht hätte umgesetzt werden müssen), wonach unter anderem die Diskriminierung wegen der Religion bekämpft werden soll<sup>17</sup>, dürften die einhergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (insbesondere die Neutralitätspflicht) der Bekenntnisfreiheit im Zweifel weichen. Das gilt jedenfalls dann, wenn es um das (bloße) Tragen eines Kopftuches geht.

Völlig unbeantwortet geblieben sind auch die Fragen, wie in Fällen zu entscheiden ist, in denen bereits beamtete Lehrerinnen nach Ernennung damit begonnen haben, ein Kopftuch zu tragen. Wie will man hier ein plötzliches Verbot rechtfertigen? Was ist mit nicht beamteten Lehrerinnen?

Jedenfalls zeigt der Vergleich mit der Rechtsprechung des *Ersten Senats* des BVerfG zu den staatlichen Informationseingriffen<sup>18</sup>, bei der trotz Bejahung einer Grundrechtsbeeinträchtigung eine gesetzliche Rechtsgrundlage nicht für erforderlich gehalten wurde, wie überraschend der Ausgang eines Verfahrens vor dem BVerfG sein kann.

---

<sup>16</sup> So die Mehrheitsentscheidung BVerfG, Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02. Anders BVerwGE **116**, 359, 360 f. Zum Anspruch eines Lehrers auf Entfernung von Kreuzen aus dem Klassenzimmer vgl. VGH München NVwZ **2002**, 1000 ff. (mit Bespr. v. Renck, NVwZ **2002**, 955 ff.); zum Neutralitätsgebot des Staates in Fragen der Religion und Weltanschauung vgl. Holzke, NVwZ **2002**, 903 ff. und zum Rechtsschutz in Kirchensachen Magen, NVwZ **2002**, 897 ff.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Dill, ZRP **2003**, 318.

<sup>18</sup> BVerfGE **105**, 252 ff. (Glykolwein) und 279 ff. (Osho).

## Exkurs: Kopftuch als zivilrechtlicher Kündigungsgrund?

**Sachverhalt<sup>19</sup>:** M ist Muslimin. Sie begann 1992 im Kaufhaus des H eine Ausbildung als Einzelhandelskauffrau und ist seit deren Abschluß als Verkäuferin beschäftigt. H betreibt in einer hessischen Kleinstadt das einzige Kaufhaus mit insgesamt ca. 100 Arbeitnehmern. M befand sich zuletzt im Erziehungsurlaub. Kurz vor dessen Abschluß teilte sie H mit, sie werde bei ihrer Tätigkeit künftig ein Kopftuch tragen; ihre religiösen Vorstellungen hätten sich gewandelt, der Islam verbiete es ihr, sich in der Öffentlichkeit ohne Kopftuch zu zeigen. H schloß einen solchen Einsatz aus. Nachdem M bei ihrer Auffassung blieb, kündigte H das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31.12.2002. M erhebt Kündigungsschutzklage. Sie hält die Kündigung für einen unzulässigen, weil unverhältnismäßigen Eingriff in ihre Glaubensfreiheit. H vertritt die Auffassung, ein Einsatz der M mit einem „islamischen Kopftuch“ sei ihm wegen des Zuschnitts seines Kaufhauses nicht zuzumuten. Eine „Erprobung“ könne von ihm wegen des Risikos wirtschaftlicher Nachteile nicht erwartet werden. Hat die Klage Erfolg?

**Lösung des BAG:** Die Weigerung der M, entsprechend der Anordnung des H auf das Tragen eines Kopftuchs während der Arbeitszeit zu verzichten, rechtfertigt nach Auffassung des BAG die Kündigung nicht. H habe bei der auf sein Direktionsrecht gestützten Festlegung von Bekleidungsregeln die grundrechtlich geschützte Glaubensfreiheit der M zu berücksichtigen. Das Tragen eines Kopftuchs aus religiöser Überzeugung falle in deren Schutzbereich. Andererseits genieße auch die unternehmerische Betätigungsfreiheit des H grundrechtlichen Schutz. Zwischen beiden Positionen sei daher ein möglichst weitgehender Ausgleich zu versuchen (**praktische Konkordanz** zwischen den widerstreitenden Grundrechten, die über die Figur der **Drittwirkung der Grundrechte** auch im Zivilrecht Beachtung beanspruchen). Allein die Befürchtung des H, es werde im Falle des Einsatzes der M zu nicht hinnehmbaren Störungen kommen, reiche bei dieser Abwägung nicht aus, die geschützte Position der M ohne weiteres zurücktreten zu lassen. Auch unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse gebe es keinen Erfahrungssatz, daß es bei der Beschäftigung einer Verkäuferin mit einem „islamischen Kopftuch“ in einem Kaufhaus notwendigerweise zu erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigungen des Unternehmens etwa durch negative Reaktionen von Kunden komme. H sei es zumindest zuzumuten gewesen, M zunächst einmal einzusetzen und abzuwarten, ob sich seine Befürchtungen in einem entsprechenden Maße realisierten und ob dann etwaigen Störungen nicht auf andere Weise als durch Kündigung zu begegnen gewesen wäre.

### Ergebnis:

Die Kündigungsschutzklage der M ist daher begründet. Sie hat einen Weiterbeschäftigungsanspruch.

---

<sup>19</sup> In Anlehnung an BAG NJW **2003**, 1685 – bestätigt von BVerfG NJW **2003**, 2815 ff.