

**Die Landesanwältin
bei dem Staatsgerichtshof
des Landes Hessen**



An den
Herrn Präsidenten
des Staatsgerichtshofs
des Landes Hessen
Mühlgasse 2

65183 Wiesbaden

Mühlgasse 2
65183 Wiesbaden

Erreichbar über:

Johann Wolfgang Goethe – Universität
Institut für Öffentliches Recht
Senckenberganlage 31
D – 60325 Frankfurt am Main

Postfach 11 19 32
D – 60054 Frankfurt am Main

Telefon (0 69) 7 98 – 2 86 54
Telefax (0 69) 7 98 – 2 27 91
E-Mail Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de

Datum: 28. April 2005

Aktenzeichen: AR 30/05

- P. St. / -

Hiermit wird beantragt,

1. § 68 Absatz 2 des Hessischen Beamtengesetzes in der Fassung vom 11. Januar 1989 (GVBl. I S. 26), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Oktober 2004 (GVBl. I S. 306), für nichtig wegen Verstoßes gegen Artikel 9 und Artikel 48 Absatz 1 i.V.m. Art. 134 HV sowie gegen Artikel 1 HV zu erklären sowie

2. § 86 Absatz 3 des Hessischen Schulgesetzes in der Fassung vom 2. August 2002 (GVBl. I S. 465), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Oktober 2004 (GVBl. I S. 306), für nichtig wegen Verstoßes gegen Artikel 9 und Artikel 48 Absatz 1 i.V.m. Art. 134 HV sowie gegen Artikel 1 HV zu erklären.

A. Zulässigkeit

Die Landesadvokatur ist nach §§ 39, 19 Abs. 2 Nr. 7 StGHG berechtigt, ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle einzuleiten. Zwar nennt Art. 131 Abs. 2 HV die Landesadvokatur nicht als Antragstellerin für das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle. Doch kann der Streit darüber, ob Art. 131 Abs. 2 HV abschließend ist, hier offen bleiben. Denn die Antragsbefugnis für die Landesadvokatur ergibt sich schon aus ihrer Funktion als öffentlicher Kläger nach Art. 130 Abs. 1 S. 2 HV.

Günther, Verfassungsgerichtsbarkeit in Hessen. Kommentar zum Gesetz über den Staatsgerichtshof, 2004, § 19 Rdn. 28.

So hat auch der Staatsgerichtshof die Antragsbefugnis der Landesadvokatur bereits in mehreren Entscheidungen bestätigt.

Siehe aus neuerer Zeit z. B: StGH, StAnz. 1986, 1089 (1095 f.); 1994, 1331 (1334); 1995, 892.

B. Begründetheit im Hinblick auf

§ 86 Abs. 3 HSchulG

Die angegriffene Regelung des § 86 Abs. 3 des Hessischen Schulgesetzes (HSchulG) verstößt gegen Art. 9 und 48 i.V.m. Art. 134 HV sowie gegen Art. 1 HV. Um die Verfassungsmäßigkeit der Norm prüfen zu können, ist zunächst erforderlich, sich über den Inhalt der Regelung Klarheit zu verschaffen (I.). Sodann sind die verschiedenen Gesichtspunkte, unter denen § 86 Abs. 3 HSchulG gegen die Hessische Verfassung verstößt, zu untersuchen. Hierbei geht es zunächst um die Privilegierung der christlichen Religion (II.), um das Verbannen religiöser Symbole aus der Schule (III.) und die mittelbare Benachteiligung von Frauen wegen des allein Frauen betreffenden Verbots des Kopftuchtragens (IV.).

I. Inhalt der Regelung

Der Normenkontrollantrag stellt den gesamten § 86 Abs. 3 HSchulG zur Prüfung. Zwar enthält § 86 Abs. 3 HSchulG auch Bestandteile, die, isoliert auf ihren Wortlaut abgestellt, keinen Anlass zu Bedenken geben. Mit einer solchen am Wortlaut klebenden Auslegung würde aber der Zielsetzung des Gesetzes nicht entsprochen. Denn das Gesetz zur Sicherung der staatlichen Neutralität vom 18. Oktober 2004 (GVBl. I S 306), durch welches § 86 Abs. 3 HSchulG eingefügt wurde, verfolgt den Zweck, das Kopftuchtragen von Lehrerinnen generell zu verbieten. Von diesem Ziel wird die gesamte Vorschrift erfasst.

§ 86 Abs. 3 HSchulG besteht aus vier Sätzen. Dabei kann Satz 4 im Weiteren unberücksichtigt bleiben. Satz 4, der eine Ausnahmegvorschrift für Lehrkräfte im Vorbereitungsdienst normiert, ist abhängig von den anderen Sätzen des § 86 Abs. 3 HSchulG, so dass er das Schicksal der anderen Teile der Norm teilt; eine isolierte Aufrechterhaltung dieses Satzes kommt offensichtlich nicht in Betracht. Eine genauere Analyse bezieht sich daher nur auf die ersten drei Sätze des § 86 Abs. 3 HSchulG.

1. § 86 Abs. 3 Satz 1 HSchulG

§ 86 Abs. 3 Satz 1 HSchulG bestimmt, dass Lehrkräfte in Schule und Unterricht politische, religiöse und weltanschauliche Neutralität zu wahren haben. Mit diesem Satz spricht der Gesetzgeber nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit aus. Bereits Art. 56 Abs. 3 S. 2 HV verpflichtet den Lehrer darauf, die religiösen und weltanschaulichen Auffassungen sachlich darzulegen. Jede Form der Parteinahme oder gar Indoktrination ist mit dem Gebot der staatlichen Neutralität nicht vereinbar; Lehrkräfte dürfen grundsätzlich nicht gezielt die politische, religiöse oder weltanschauliche Haltung der Schülerinnen beeinflussen; Parteinahme ist Lehrenden nur dann gestattet, wenn sie sich gegen Auffassungen richtet, die mit den Grundprinzipien der Verfassungsordnung nicht vereinbar sind, etwa gegen rassistische oder diktatorische Haltungen. Isoliert betrachtet wären daher gegen § 86 Abs. 3 Satz 1 HSchulG keine Einwände zu erheben.

2. § 86 Abs. 3 Satz 2 HSchulG

§ 86 Abs. 3 Satz 2 HSchulG konkretisiert Satz 1 („insbesondere“) und untersagt Lehrkräften das Tragen oder Verwenden von Kleidungsstücken, Symbolen oder anderen Merkmalen, die „objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden in der Schule zu gefährden“. § 86 Abs. 3 Satz 2 HSchulG enthält somit zwei Alternativen: 1. die objektive Eignung zur Beeinträchtigung des Vertrauens in die Neutralität der Amtsführung und 2. die objektive Eignung zur Gefährdung des Schulfriedens. Beide Alternativen schützen gewichtige Rechtsgüter: das Vertrauen in die Neutralität der staatlichen Lehrkräfte und den Schulfrieden. Der Staat verfolgt daher ein legitimes Ziel, diese Rechtsgüter zu sichern.

Wann aber ist das Tragen von Kleidungsstücken „objektiv geeignet“ diese Rechtsgüter zu gefährden bzw. zu beeinträchtigen? Betrachtet man zunächst die Alternative der Beeinträchtigung des Vertrauens in die Neutralität der Amtsführung. Wenn staatliche Neutralität von den Lehrkräften verlangt, eine gezielte Beeinflussung der Schülerinnen und Schüler in politischer, religiöser oder weltanschaulicher Hinsicht zu unterlassen, dann hat dies zur Folge, dass Lehrkräfte keine Merkmale mit „werbendem“ Charakter tragen dürfen. Alle Merkmale, die nach außen gerichtet sind, die also andere, insbesondere Schülerinnen und Schüler, dazu bewegen sollen, die – politische, religiöse oder weltanschauliche – Haltung des Lehrers zu übernehmen, sind mit der staatlichen Neutralität im Unterricht nicht vereinbar.

Hier zeigen sich große Unterschiede zwischen den politischen bzw. weltanschaulichen einerseits gegenüber religiösen Gründen des Tragens von Kleidungsstücken oder Symbolen andererseits. Politische Symbole sind regelmäßig darauf gerichtet, andere aufzufordern, sich dieser Auffassung anzuschließen. Das Partei-Abzeichen soll für die Wahl der Partei werben, ein Anstecker zu politischen Themen, wie etwa „Atomkraft – Nein danke“ soll gegen Atomkraft mobilisieren. Daher

kann Lehrkräften unter Berufung auf die Neutralitätspflicht untersagt werden, solche Symbole zu tragen, die ihre politische Zugehörigkeit zu einer Partei oder ihre Überzeugung zu bestimmten politischen Themen erkennen lassen.

Anders ist dies aber bei religiösen Symbolen oder Kleidungsstücken, denn diese tragen regelmäßig keinen werbenden Charakter. Für religiöse Kleidungsstücke ist es typisch, dass sie aus innerer Überzeugung einer Verpflichtung gegenüber Gott getragen werden, nicht aber, um andere zur Konversion oder Anpassung zu ermuntern. Allein das aus religiöser Verpflichtung getragene Kleidungsstück ist daher kein Indiz dafür, dass damit auf die religiöse Überzeugung anderer Einfluss genommen werden soll. Das religiöse Symbol ist zwar nach außen sichtbar, nicht aber in dem eben beschriebenen Sinne nach außen gerichtet. Solange ein Kopftuch von einer Muslima nur getragen, nicht aber auf andere, insbesondere Schülerinnen, eingewirkt wird mit dem Ziel, sie zum Übertritt zum Islam bzw. zur Übernahme einer bestimmten Richtung des Islam zu bewegen, ist eine „objektive Eignung“ zur Beeinträchtigung des Vertrauens in die Neutralität der Amtsführung daher nicht ersichtlich.

Auch eine „objektive Eignung“ zur Gefährdung des Schulfriedens kann derzeit nicht angenommen werden. Denn es gibt keine Hinweise darauf, dass der Einsatz von Lehrerinnen mit Kopftuch, der in anderen Bundesländern ohne Gefährdung des Schulfriedens stattfindet, gerade in Hessen zu einer Gefährdung des Schulfriedens führen würde. Im Ergebnis würde daher das Kopftuch vom Wortlaut des Gesetzes nicht erfasst. Doch eine solche Interpretation würde der Zielsetzung des Gesetzes nicht gerecht. Sinn des Gesetzes ist es, das Kopftuchtragen von Lehrerinnen zu unterbinden.

§ 86 Abs. 3 des Hessischen Schulgesetzes (HSchulG) wurde durch das Gesetz zur Sicherung der staatlichen Neutralität vom 18. Oktober 2004 (GVBl. I S. 306) eingefügt. Es geht zurück auf einen Gesetzentwurf der Fraktion der CDU. Aus der Gesetzesbegründung geht eindeutig hervor,

dass Zielsetzung des Gesetzes das Verbot des Tragens eines Kopftuchs ist. So wird schon in der Problembeschreibung deutlich, dass es um eine Reaktion auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 24. September 2003 geht, welches im Recht des Landes Baden-Württemberg keine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage dafür sah, beamteten Lehrkräften in Schule und Unterricht das Tragen eines Kopftuches zu verbieten. Die Rechtslage in Hessen sei vergleichbar.

Drucks. 16/1897 neu, S. 1 unter A.

In den Debatten im Landtag anlässlich der Verabschiedung des Gesetzes wird ebenfalls deutlich, dass das eigentliche Ziel des Gesetzes das Verbot des Kopftuchtragens ist.

Siehe etwa die Äußerungen in der Aktuellen Stunde „Lehrerinnen mit Kopftuch – nicht in Hessen!“, Plenarprotokoll 16/17, S. 986, 987, 991; der ersten Lesung, Plenarprotokoll 16/30, S. 1897 (Dr. Jung [CDU]: „Mit dem von uns eingebrachten Gesetzesentwurf wollen wir hessischen Lehrerinnen und Beamtinnen das Tragen des islamischen Kopftuchs verbieten.“); S. 1898, 1899, 1906-1909; zweiten Lesung, Plenarprotokoll 16/45, S. 2995/2996, 3005, 3006.

Dass § 86 Abs. 3 Satz 2 HSchulG weit auszulegen ist, ergibt sich zudem aus dem systematischen Zusammenhang mit Satz 3 der Norm. Bei der hier als – eigentlich dem Wortlaut angemessenen – Gesetzesinterpretation vorgeschlagenen Deutung wäre Satz 3 schlicht nicht nachvollziehbar. Denn es wäre – bei verfassungsgebotener restriktiver Interpretation des Satzes 2 – nicht ersichtlich, wie die Verwendung eines Merkmals oder Symbols ohne werbenden Charakter jemals objektiv geeignet sein könnte, das Vertrauen in die Neutralität der Amtsführung oder den Schulfrieden zu gefährden.

3. § 86 Abs. 3 Satz 3 HSchulG

§ 86 Abs. 3 Satz 3 HSchulG bedarf auch für sich genommen noch der Auslegung. Er ordnet nicht ausdrücklich und klar an, dass die Verwendung christlicher Symbole von Satz 2 nicht erfasst wird, sondern bestimmt, dass der „christlich geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen ist“. Diese zunächst etwas „weicher“ klingende Formulierung kann jedoch nichts anderes bedeuten, als dass die Verwendung spezifisch religiöser christlicher Symbole zulässig sein soll. Sonst wäre die Regelung schlicht überflüssig. Denn die rein säkularisierte traditionelle Kleidung, wie sie in der europäischen Tradition üblich ist, ist ohnehin nicht geeignet, jemals die Voraussetzungen des Satzes 2 zu erfüllen.

4. Fazit

Im Ergebnis kann § 86 Abs. 3 HSchulG insgesamt daher nur so verstanden werden, dass er sich gezielt gegen das Kopftuchtragen muslimischer Lehrerinnen richtet, während das Tragen christlich motivierter Kleidung zulässig bleiben soll.

II. Privilegierung der christlichen Religion

Es stellt einen eindeutigen Verstoß gegen Art. 9 und 48 HV dar, wenn § 86 Abs. 3 HSchulG verlangt, das muslimische Kopftuch aus der Schule herauszuhalten, während das Tragen christlicher Symbole zulässig bleibt. Denn anders als eine solche Privilegierung der christlichen Religion kann der vorgeschlagene § 86 Abs. 3 Satz 3 HSchulG – wie oben gezeigt – nicht verstanden werden.

Die Gleichbehandlung der Religionen ist zentraler Inhalt der Grundrechte auf Glaubensfreiheit und ungestörte Religionsausübung. Art. 48 Abs. 3 HV legt fest, dass es keine Staatskirche gibt. Damit ist zudem gesagt, dass es keine Religion gibt, die dem Staat näher steht als andere. Der Staat hat sich gegenüber den Religionen neutral zu verhalten.

Dies heißt zumindest, dass der Staat keine Religion bevorzugen oder benachteiligen darf.

Das Bundesverfassungsgericht hat dies für Art. 4 GG in ständiger Rechtsprechung betont.

BVerfGE 19, 206, 216; 33, 23, 29; *Mager*, in: v. Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 2000; Art. 4 Rdnr. 3; *Morlok*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 2. Aufl. 2004, Art. 4 Rdnr. 147/148; *Zippelius*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hg.), Bonner Kommentar, Stand: Dezember 2004, Art. 4, Rdnr. 19 ff., 29.

Auch in seiner Kopftuchentscheidung stellte es fest, dass die Glaubensfreiheit „das Gebot strikter Gleichbehandlung der verschiedenen Glaubensrichtungen“ beinhaltet.

BVerfGE 108, 282, 298.

Es betont, dass die Einführung einer Dienstpflicht, die es Lehrern verbietet, in ihrem äußeren Erscheinungsbild ihre Religionszugehörigkeit erkennbar zu machen, „nur begründet und durchgesetzt werden kann, wenn Angehörige unterschiedlicher Religionsgemeinschaften dabei gleich behandelt werden“.

BVerfGE 108, 282, 313.

Gegen diese strikte Gleichbehandlung der Religionen kann auch nicht die Formulierung in der Entscheidung angeführt werden, dass die „einzelnen Länder zu verschiedenen Regelungen kommen“ könnten, „weil bei dem zu findenden Mittelweg auch Schultraditionen, die konfessionelle Zusammensetzung der Bevölkerung und ihre mehr oder weniger starke religiöse Verwurzelung berücksichtigt werden“ dürften.

BVerfGE 108, 282, 303.

Dieser Satz darf nicht isoliert gelesen werden, sondern muss im Zusammenhang mit den oben erwähnten Aussagen verstanden werden. Danach spielen Schultradition und konfessionelle Zusammensetzung der Bevölkerung nur insofern eine Rolle, als sie Auswirkungen darauf haben, wie stark der Weg in den Laizismus beschritten wird. Die Gleichbehandlung der Religionen ist zentraler Inhalt der im Grundgesetz garantierten Glaubensfreiheit.

Es gibt keinen Grund, die hessischen Bestimmungen über die Glaubens- und Religionsfreiheit anders auszulegen. Im Gegenteil hat der Staatsgerichtshof immer wieder betont, dass Art. 9 HV inhaltlich mit Art. 4 Abs. 1 GG übereinstimmt.

Hess. StGH, ESVGH 16, 1, 3; 19, 7, 10; vgl. auch *Stein*, in: Zinn/Stein (Hg.), Verfassung des Landes Hessen, Band 1, 1999, Erl. zu Art. 9, S. 124, Nr. 2.

Eine Privilegierung der christlichen Religion in hessischen Schulen ist unzulässig.

III. Glaubensfreiheit von Lehrkräften in der Schule

1. Bundesrecht und Landesrecht

Das Bundesverfassungsgericht hat es den Ländern überlassen, ob sie das Kopftuch einer muslimischen Lehrerin in der Schule zulassen wollen oder nicht. Dabei hat es ausdrücklich betont, dass „die einzelnen Länder zu verschiedenen Regelungen kommen können“.

BVerfGE 108, 282, 302.

So ist vorstellbar, dass in manchen Ländern Lehrerinnen mit Kopftuch unterrichten dürfen, in anderen nicht. Der Landesgesetzgeber hat damit aus bundesrechtlicher Perspektive die Freiheit, das Ausmaß religiöser

Bezüge in der Schule *generell* neu zu bestimmen. Dabei sei wiederum hervorgehoben, dass es um eine grundsätzliche Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Religion geht; eine Privilegierung einzelner Religionen ist ausgeschlossen: Wenn muslimische Lehrerinnen kein Kopftuch tragen dürfen, kann es auch kein Kreuz und keine Kippa in der Schule geben.

Dem Hessischen Gesetzgeber wurde bundesrechtlich die Möglichkeit gegeben, Religion – bis auf den Religionsunterricht – grundsätzlich aus der Schule zu verbannen. Fraglich ist aber, ob die Verdrängung der Religion aus der Schule auch mit der Hessischen Verfassung vereinbar ist. Denn ein bundesrechtlich jetzt – nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – eröffneter Spielraum kann durch die Landesverfassung begrenzt werden. Zu klären ist daher, welches Verständnis von staatlicher Neutralität gegenüber der Religion der Hessischen Verfassung zugrunde liegt.

2. Neutralität nach der Landesverfassung

Es gibt zwei unterschiedliche Neutralitätskonzepte. Nach dem laizistischen Modell beinhaltet Neutralität den völligen Ausschluss von Religion aus der öffentlichen Sphäre; Religion gilt als reine Privatsache und darf auch nur im privaten Raum in Erscheinung treten. In der Schule, zumal bei Lehrerinnen und Lehrern, hätte dies zur Folge, dass für religiöse Symbole und damit auch für religiöse Kleidung kein Platz ist. Dem gegenüber steht ein Verständnis „offener und übergreifender“ Neutralität. Diese Form der Neutralität gibt religiös-weltanschaulichen Fragen und Bekundungen Raum, lässt ihnen Freiheit der Entfaltung, ohne sich aber damit zu identifizieren oder in irgendeine Richtung zu missionieren bzw. zu indoktrinieren.

Böckenförde, NJW 2001, 723, 725; s. auch
Brenner, VVDStRL 59 (2000), 264, 271 f.

Manche Länder – wie etwa Frankreich und die Türkei, mit Abstrichen auch die USA – haben sich dem laizistischen Modell einer Trennung von Staat und Religion verschrieben.

Dementsprechend hat der EGMR es dem Beurteilungsspielraum der Staaten überlassen, ob sie ein Kopftuch in der Schule verbieten; NJW 2001, 2871 m. Anm. Goerlich, NJW 2001, 2862; Wittinger, VBIBW 2001, 425; Schöbener, Jura 2003, 186; Bergmann EuGRZ 2004, 620.

Deutschland gehört dazu freilich nicht. Auf bundesrechtlicher Ebene zeigt dies schon die Inkorporation der Weimarer Kirchenartikel in Art. 140 GG, die in vielfältiger Weise eine Verquickung von Staat und Religion vorsehen, indem sie beispielsweise den Status der Religionsgesellschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts ermöglichen und die Erhebung der Kirchensteuer garantieren. Stellt man zudem die Garantie des Religionsunterrichts als ordentliches Lehrfach nach Art. 7 Abs. 3 GG in Rechnung, ist offensichtlich, dass die deutsche Verfassung einem laizistischen Bild einer „unüberwindlichen Trennungsmauer“ zwischen Staat und Religion nicht entspricht. Auch in der Kopftuch-Entscheidung vertritt das Gericht daher kein laizistisches Modell: „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“.

BVerfGE 108, 282, 300.

Mit einem solchen Konzept lässt sich schwerlich vereinbaren, das Verhalten von Lehrkräften gemäß ihrer religiösen Überzeugungen dann in der Schule zu untersagen, wenn damit keine Gefahren für Schülerinnen und Schüler einhergehen.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in der Kopftuch-Entscheidung dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit gegeben, ohne strikte Prüfung der Verhältnismäßigkeit religiöse Symbole grundsätzlich aus dem Raum der Schule zu verdrängen, doch kann diese Auslegung der grundgesetzlichen Bestimmungen für die Auslegung der Hessischen Verfassung nicht übernommen werden. Der Hessische Staatsgerichtshof hat zwar immer wieder betont, dass Art. 9 HV inhaltlich mit Art. 4 GG übereinstimmt,

Hess. StGH, ESVGH 16, 1, 3; 19, 7, 10.

doch bezog sich das auf das überkommene Verständnis der Glaubensfreiheit. Der radikale Wechsel, den das Bundesverfassungsgericht in der Kopftuch-Entscheidung in seinem Verständnis der Glaubensfreiheit vollzogen hat, muss nicht von den Landesverfassungsgerichten nachvollzogen werden.

Dies gilt zumal die Hessische Verfassung ebenfalls zahlreiche Vorschriften enthält, die einem laizistischen Modell einer strikten Trennung von Kirche und Staat widersprechen. Art. 51 Abs. 1 HV sieht den Status von Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts vor, Art. 51 Abs. 3 HV ermöglicht die Erhebung von Kirchensteuer und der Religionsunterricht ist in Art. 57 HV als ordentliches Lehrfach garantiert.

Die Frage, ob das Tragen religiöser Symbole von Lehrkräften in Hessen erlaubt ist, ist daher nach „normaler“ Grundrechtsprüfung zu beurteilen. Eine Freistellung von einer solchen Prüfung kann die Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung nicht vermitteln.

3. Kopftuchverbot als Eingriff

In der einem Beamten auferlegten Pflicht, als Lehrer die eigene Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft in Schule und Unterricht nicht durch das Befolgen von religiös begründeten Bekleidungsregeln

sichtbar werden zu lassen, liegt ein Eingriff in die von Art. 9 HV verbürgte individuelle Glaubensfreiheit.

So für Art. 4 GG: BVerfGE 108, 282, 297.

Entsprechend Art. 33 Abs. 3 GG enthält auch die Hessische Verfassung in Art. 134 HV eine Garantie des Zugangs zu den öffentlichen Ämtern ohne Unterschied des religiösen Bekenntnisses, wenn der einzelne die nötige Eignung und Befähigung besitzt. Jedenfalls die Verbindung von Art. 9 und Art. 134 HV zeigt, dass die Kritik der abweichenden Meinung in der Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung fehlgeht, wenn sie ausführt, dass bei der Bejahung des Eingriffs die funktionelle Begrenzung des Grundrechtsschutzes für Beamte verkannt werde. Wer Beamter werde, stelle sich in freier Willensentschließung auf die Seite des Staates; er begeben sich in eine besondere Nähebeziehung. In Ausübung seines öffentlichen Amtes komme dem Beamten daher das durch die Grundrechte verbürgte Freiheitsversprechen nur insoweit zu, als sich aus dem besonderen Funktionsvorbehalt des öffentlichen Dienstes keine Einschränkungen ergäben. Die Eignungsbeurteilung im Rahmen der Begründung eines Beamtenverhältnisses dürfe daher nicht mit einem Eingriff in die Freiheitssphäre des Art. 4 I GG verwechselt werden. Der Gesetzesvorbehalt im Schulrecht sei allein zugunsten der Schüler und Eltern, nicht zugunsten der beamteten Lehrer ausgeweitet worden.

BVerfGE 108, 282, 318.

Zwar ist der abw. M. darin zuzustimmen, dass die Einstellung als Beamter sich als Leistungs- bzw. genauer: Teilhabeanspruch darstellt, der sich von einem abwehrrechtlichen Anspruch unterscheidet. Art. 134 HV garantiert aber gerade einen solchen Teilhabeanspruch. Dieser wird beeinträchtigt, wenn zur Eignungsbeurteilung Kriterien herangezogen werden, die die Glaubensfreiheit der Bewerberinnen und Bewerber tangieren. Damit entspricht die Konstellation der eines Eingriffs in die Freiheitssphäre des Bürgers und wird richtigerweise

durch die Anerkennung eines Eingriffs dogmatisch abgearbeitet. Die Sachgesetzlichkeiten des öffentlichen Amtes kommen demgegenüber auf der Rechtfertigungsstufe zum Tragen.

4. Rechtfertigung

Das Verbot, durch das Tragen religiöser Symbole seine Religionszugehörigkeit erkennen zu lassen, könnte durch die staatliche Neutralität gerechtfertigt sein, die es dem Staat verbietet, sich mit einer bestimmten Religion zu identifizieren. Um diese Frage ging es im Kruzifix-Beschluss, in dem das Bundesverfassungsgericht eine Regelung für verfassungswidrig erklärte, nach der in jedem Klassenzimmer ein Kruzifix anzubringen war.

BVerfGE 93, 1.

In der Diskussion wird teilweise im Wege eines Erst-recht-Schlusses daraus ein Kopftuchverbot gefolgert, da Schulkinder am Kopftuch einer Lehrerin noch weniger vorbeisehen könnten als an einem an der Wand hängenden Kruzifix.

Siehe z.B. VG Stuttgart, NVwZ 2000, 959, 960.

Eine solche Argumentation beruht aber auf einer grundlegenden Missdeutung des Kruzifix-Beschlusses. Bei dieser Entscheidung ging es nicht um einen Zwang zum Hinsehen, sondern um die – verbotene – Zwangswirkung, die durch die Identifikation des Staates mit einer bestimmten Religion zum Ausdruck gebracht wird. Wenn der Staat in jedem Klassenzimmer ein Kruzifix aufhängt, bringt er zum Ausdruck, wer als zugehörig gilt und wer ausgeschlossen ist. Dagegen ist das Kopftuch einer Lehrerin Ausdruck ihres individuellen Glaubens, der dem Staat nicht zugerechnet wird.

BVerfGE 108, 282, 305/306.

Überspitzt formuliert: Niemand käme auf die Idee, aus dem Kopftuch einer einzelnen Lehrerin zu schließen, dass der deutsche Staat sich zum Islam bekenne.

Als zweiten Aspekt garantiert das staatliche Neutralitätsgebot Freiheit von Zwang, berücksichtigt also in besonderer Weise die negative Religionsfreiheit der Kinder. Von daher ist von vornherein klar, dass eine Lehrerin, die Kinder missionieren oder indoktrinieren will, keinen Platz in der staatlichen Schule findet. Doch dies ist eine Anforderung, die für alle Lehrenden gilt – seien sie religiös oder nicht; politische Indoktrination ist ebenso wie religiöser Eifer untersagt. Unzweifelhaft ist daher eine muslimische Lehrerin, die den Kindern vermittelt, dass der Islam die beste Religion oder Kopftuch-Tragen für Mädchen und Frauen zwingend sei, ungeeignet, als Lehrerin in einer deutschen Schule tätig zu werden; ebenso ungeeignet wäre aber eine christliche Lehrerin, die Kindern beibringt, dass sie ohne Glauben an Jesus in die Hölle kommen. Allein das Tragen eines religiösen Symbols ist daher nach dem bisher in Deutschland vorherrschenden und für die Hessische Verfassung verbindlichen Neutralitätsverständnis kein Grund, eine Einstellung in den Schuldienst zu verhindern.

Als Argument für ein Kopftuchverbot wird vielfach angeführt, dass das Kopftuch als politisches Symbol für Vorstellungen stehe, die mit zentralen verfassungsrechtlichen Werten nicht in Einklang stünden. Dieser Argumentation kann so nicht gefolgt werden: Zwar bedienen sich islamistische Fundamentalisten des Kopftuchs als Symbol und erzwingen dessen Tragen. Nicht möglich ist jedoch, einen entsprechenden Umkehrschluss zu ziehen: Aus dem Tragen eines Kopftuchs folgt nicht zwingend, dass die Trägerin dem islamistischen Fundamentalismus anhängt. Angesichts der in sozialwissenschaftlichen Studien belegten Selbstzeugnissen kopftuchtragender Frauen, welche das Kopftuch für sich als Hilfsmittel für mehr Freiheit empfinden,

Siehe z.B.: BVerfGE 108, 282, 304; Klinkhammer, *Moderne Formen islamischer Lebensführung*, in: Rumpf/Gerhard/Jansen (Hg.), *Facetten islamischer Welten, Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion*, Bielefeld 2003; Britz, *KJ* 2003, 95, 100.

erlaubt das bloße Tragen des Kopftuchs nicht einmal, mit zwangsläufiger Sicherheit auf eine Einstellung zu schließen, die mit der grundgesetzlich konzipierten Gleichberechtigung von Männern und Frauen nicht in Einklang stünde.

Selbstverständlich sollen Extremisten nicht Beamte werden; Gleiches gilt für Lehrer und Lehrerinnen, welche die Ansicht vertreten, Frauen müssten Männern gegenüber eine untergeordnete Rolle einnehmen. Ob aber eine Person die Werte des Grundgesetzes ablehnt, kann nur im Einzelfall festgestellt werden. Das bloße Tragen eines Kopftuches indiziert dies nicht. Angesichts der Vielfalt der möglichen Deutungsmöglichkeiten ist es unzulässig, dem Kopftuch einen entsprechenden „objektiven Erklärungsgehalt“ oder eine „objektive Wirkung“ beizumessen. Die Zuschreibung „objektiver“ Erklärungsgehalte, insbesondere die Umdeutung potentiell religiöser Symbole ins Politische, ist dem Staat im Rahmen der Glaubensfreiheit versagt. Es kommt insofern auch nicht darauf an, dass es Musliminnen ohne Kopftuch gibt, sondern entscheidend ist allein das Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft.

So zu Art. 4 GG: BVerfGE 108, 282, 299; vgl. auch BVerfGE 24, 236, 247 f.; *Morlok*, in: Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, 2. Aufl. 2004, Art. 4 Rdnr. 55.

Der Islam hat verschiedene Strömungen ebenso wie die anderen großen Religionen. Aus Bekleidungsvorschriften, auch wenn diese aus christlich-abendländischer Tradition heraus als fremd, unnötig oder einschränkend empfunden werden, notwendig auf extremistische Einstellung zu schließen, greift zu kurz.

Die negative Religionsfreiheit der Schulkinder würde nur dann beeinträchtigt, wenn das Kopftuch, auch wenn es von einer im obigen Sinne gekennzeichneten, offenen, nicht-indoktrinierenden Lehrerin getragen wird, negative Auswirkungen auf sie hat. So wird in der Entscheidung sowohl von der Mehrheit wie von der Minderheit immer wieder auf den „objektiven Empfängerhorizont“ Bezug genommen.

BVerfGE 108, 282, 305; abw. M. S. 325.

Das Gericht weist darauf hin, dass sich die Befürchtung bestimmender Einflüsse des Kopftuchs auf die Schulkinder nicht auf gesicherte empirische Grundlagen stützen kann.

BVerfGE 108, 282, 306.

Dies ist freilich der falsche Maßstab. Es kann vom Gesetzgeber nicht verlangt werden, dass er erst empirische Beweise erhebt, bevor er bei Gefahren einschreitet. Doch zumindest plausibel müssten die vom Kopftuch ausgehenden Gefahren sein, bevor nach dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip Eingriffe in Grundrechte zulässig sind. Welche Wirkung könnte also das Kopftuch auf Schulkinder haben? Auswirkungen dahingehend, dass das Kind lernt, dass es verschiedene Religionen auf der Welt und in Deutschland gibt, wären ja nicht schädlich, sondern würden im Gegenteil das Erziehungsziel der Toleranz fördern.

Art. 56 Abs. 3 HV nennt die „Duldsamkeit“ als einen Grundsatz des Unterrichts und Art. 56 Abs. 4 HV nennt die Achtung und Duldsamkeit als Erziehungsziel.

Worin sollte also die Gefahr liegen? Wird etwa ernsthaft befürchtet, dass ein Kind aus christlichem Elternhaus wegen seiner Kopftuch tragenden Lehrerin zum Islam übertreten wollte? Nachvollziehbar wäre die Annahme eines Einflusses allenfalls auf islamisch geprägte Kinder. Doch

auch eine befürchtete Beeinflussung türkischer Mädchen ist ambivalent zu beurteilen. Es mag sein, dass eine Kopftuch tragende Lehrerin den (elterlichen) Druck ein Kopftuch zu tragen für ein Mädchen verstärkt. Es könnte aber auch sein, dass eine Lehrerin mit Kopftuch islamischen Mädchen den Wert von Bildung gerade auch für sie selber vermitteln kann. Außerdem ist gut vorstellbar, dass eine Lehrerin mit Kopftuch gegenüber islamischen Familien, die ihren Töchtern Bildungschancen als unislamisch verwehren wollen, eher die Chance hat, Mädchen aus solchen Familien eine höhere Schulbildung zu ermöglichen.

Das Erziehungsrecht der Eltern nach Art. 55 HV bringt keine neuen Gesichtspunkte ins Spiel, denn im Bereich der Schule ist es durch den staatlichen Erziehungsauftrag beschränkt.

So zu Art. 6 Abs. 2 GG: BVerfGE 108, 282, 301.

Denkbar ist freilich, dass es durch muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch zu Konflikten mit Eltern kommen könnte, so dass der Schulfrieden gestört würde. Solches ist zwar von den bereits bisher mit Kopftuch unterrichtenden Lehrerinnen nicht bekannt geworden.

BVerfGE 108, 282, 306.

Fraglich ist aber, ob eine befürchtete Störung des Schulfriedens einen hinreichenden Grund für die Ablehnung einer Kopftuch-Trägerin darstellen könnte. Sicher ist es eine staatliche Aufgabe, für Schulfrieden zu sorgen, doch kann allein die Befürchtung, dass eine vom Staat als geeignet angesehene Lehrerin von Eltern abgelehnt würde, einen Eingriff in die Grundrechte der Lehrerin nicht rechtfertigen. Ebenso wenig wie befürchtete Elternproteste die Einstellung eines farbigen Lehrers verhindern könnten, kann dies bei religiösen Merkmalen der Fall sein.

Tragen die zur Stützung eines Kopftuchverbotes vorgebrachten Gründe ohnehin nicht sehr weit, so treten sie erst recht zurück, wenn sie gegen die Intensität des Eingriffs abgewogen werden. Der Eingriff in die

Glaubensfreiheit, den ein Verbot, sich gemäß religiöser Überzeugungen zu kleiden, mit sich bringt, ist erheblich. Das Ausmaß des Eingriffs wird vielfach unterschätzt, weil übersehen wird, welcher erheblichen Verpflichtungscharakter das Befolgen religiöser Vorschriften für den Gläubigen trägt. Anders als bei politischer Meinungsäußerung, die im Unterricht unterlassen werden kann, ohne dass die Lehrkraft daraus in Gewissensnöte kommt, verpflichten religiöse Gebote die Gläubigen grundsätzlich unbedingte. Es ist gerade Inhalt der Glaubensfreiheit als einem zentralen Grundrecht, dass vom gläubigen Einzelnen so weit als möglich nicht verlangt wird, die als zutiefst verpflichtend erlebten moralischen Gebote seiner Religion zu verletzen.

IV. Mittelbare Benachteiligung von Frauen

§ 86 Abs. 3 HSchulG verstößt zudem gegen Art. 1 HV. Art. 1 HV verbietet die Benachteiligung wegen des Geschlechts. Die Regelung des § 86 Abs. 3 HSchulG knüpft zwar nicht unmittelbar an das Merkmal Geschlecht an, sie stellt aber eine mittelbare Benachteiligung von Frauen dar. Die Vorschrift wirkt sich ganz überwiegend, wenn nicht derzeit überhaupt ausschließlich, zum Nachteil von Frauen aus und erfüllt damit den Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung. Die Rechtsfigur der mittelbaren Benachteiligung wurde vom EuGH entwickelt

St. Rspr. seit Jenkins, Slg. 1981, 911.

und ist inzwischen auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannt.

BVerfGE 97, 35, 43; 104, 373, 393.

Der Hessische Staatsgerichtshof hat bisher zwar noch nicht ausdrücklich anerkannt, dass von Art. 1 HV auch die mittelbare Benachteiligung erfasst wird. Doch entspricht ein solcher Schritt der Anerkennung der mittelbaren Benachteiligung der bisherigen Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs. Der Staatsgerichtshof hat immer auf die Bedeutung der tatsächlichen Wirksamkeit der Gleichberechtigung von Männern und

Frauen abgestellt. Er hat deshalb beispielsweise einen Förderauftrag gerichtet auf die Herstellung tatsächlicher Gleichstellung der Frauen anerkannt.

Hess. StGH, ESVGH 44, 13, 22; 48, 1, 14.

Heutzutage sind Rechtsnormen, die Frauen benachteiligen und an das Merkmal Geschlecht anknüpfen, kaum noch vorhanden. Dennoch ist tatsächliche Gleichberechtigung bei weitem noch nicht erreicht. Heute tritt Diskriminierung von Frauen typischerweise in der Weise auf, dass scheinbar geschlechtsneutrale Regelungen Erschwerungen und Nachteile für Frauen mit sich bringen. Auch diese Form der Diskriminierung ist von Art. 1 HV untersagt.

Eine Norm, die überwiegend Frauen nachteilig trifft, also den Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung erfüllt, ist nur dann mit Art. 1 HV vereinbar, wenn sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt. Dies ist nicht der Fall aus denselben Gründen, wie sie oben bei der Rechtfertigung des Eingriffs in die Glaubensfreiheit erörtert wurden.

Zudem zeigt der Blickwinkel der Gleichberechtigung von Männern und Frauen um so deutlicher, weshalb ein Kopftuchverbot für Lehrerinnen nicht der richtige Weg ist, um die Gefahren eines fundamentalistischen Islams abzuwehren. Als Hauptgefahr eines und Hauptvorwurf gegenüber einem fundamentalistischen Islamismus wird formuliert, dass die dort erzwungene Unterordnung der Frau gegen die Gleichberechtigung von Männern und Frauen verstößt. In der Tat ist die erzwungene Unterordnung von Frauen ein Verstoß gegen Idee und Zielsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern. Der Staat ist daher verpflichtet, gegen den Zwang zum Kopftuchtragen vorzugehen. Insbesondere verlangt die Verfassung auch, dass Maßnahmen zur Unterstützung von muslimischen Frauen in Deutschland ergriffen werden, die sich einer islamistischen Zwangsordnung entziehen wollen.

Doch diesen realen und gewichtigen Gefahren des fundamentalistischen Islamismus kann nicht dadurch begegnet werden, dass es Frauen, die freiwillig ein Kopftuch tragen, untersagt wird, als Lehrkräfte tätig zu werden. Hiermit wird nicht nur die ökonomische Unabhängigkeit dieser muslimischen Frauen gefährdet, sondern es werden durch das Kopftuchverbot überhaupt nur Frauen getroffen, die sich gerade nicht vollständig auf die Rolle, dass Frauen ins Haus gehören, reduzieren lassen wollen. Männliche fundamentalistische Islamisten, von denen die Gefahr einer Durchsetzung einer gleichberechtigungswidrigen Geschlechterordnung eher ausgeht, werden von dem Gesetz überhaupt nicht erfasst.

C. Begründetheit im Hinblick auf § 68 Abs. 2 HBG

Das hessische Gesetz zur Sicherung der staatlichen Neutralität geht insoweit über die Regelungen anderer Länder weit hinaus, als es ein Kopftuchverbot nicht nur für Lehrerinnen, sondern für alle Beamtinnen anordnet. Aus den Gründen, die gegen § 86 Abs. 3 HSchulG angeführt sind, verstößt § 68 Abs. 2 HBG erst recht gegen Art. 9 und 48 i.V.m. Art. 134 HV sowie gegen Art. 1 HV.

Nur am Rande sei bereits darauf hingewiesen, dass das Bundesverfassungsgericht allein für den Bereich der Schule den Ländern die Möglichkeit eröffnet hat, sich einem laizistischen Modell des Verhältnisses von Religion und Staat anzunähern. Schon bundesrechtlich ist daher eine Erstreckung auf alle Beamtinnen ausgeschlossen. Für den Hessischen Staatsgerichtshof ist freilich ausschlaggebend, dass die Regelungen der Hessischen Verfassung ein Kopftuchverbot für alle Beamtinnen nicht zulassen. Während in der Situation der Schule noch eine Reihe von Gründen angeführt werden können, die ein Verbot des Tragens religiöser Symbole rechtfertigen könnten – wenn sie auch nach Auffassung der Landesadvokatur nicht ausreichen – ist eine Erstreckung auf alle Beamtinnen unabhängig von ihrer Funktion offensichtlich nicht mehr angemessen. Etwa bei Beamtinnen, die in Funktionen tätig sind, die keinen oder nur ganz seltenen

Publikumsverkehr erfordern, ist ein so intensiver Eingriff in die Glaubensfreiheit bei weitem nicht angemessen. Auch gibt es eine ganze Anzahl von Beamtinnen, wo nicht erkennbar ist, dass die Erkennbarkeit ihrer Religionszugehörigkeit irgendwen dazu veranlassen könnte, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu verlieren, wie dies etwa bei Tätigkeiten der Fall ist, die keinen Bezug zu gesellschaftspolitischen Wertvorstellungen aufweisen. § 68 Abs. 2 HBG ist daher verfassungswidrig.

gez. Ute Sacksofsky
(Prof. Dr. Ute Sacksofsky)