

# Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers bei religiös begründeter Bekleidung

Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis

*Angesichts unterschiedlicher Ansichten zwischen und im 1. und 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts war der 3. Senatsbeschluss zum Umgang mit dem islamischen Kopftuch im öffentlichen Dienst überfällig. Der Beitrag analysiert die Begründung des Beschlusses einschließlich eines Sondervotums, spricht die Auswirkungen auf die Gesetzgebung von Bund und Ländern an und identifiziert die konzeptionellen Unterschiede zur Rechtsprechung des EuGH und des BAG zum Umgang mit kopftuchtragenden Arbeitnehmerinnen in privaten Unternehmen. In Zeiten der „neuen Normalität“ ist der „leidigen Kopftuchdebatte“ (J. Schwabe, DVBl 2020, S. 433) mehr Gelassenheit zu wünschen.*

## I. Einleitung

Der Umgang mit religiös begründeter Bekleidung wie dem muslimischen Kopftuch (Hijab), der Niqab oder der Burka ist in Deutschland und anderen europäischen Staaten hoch umstritten. Einerseits wird das Kopftuch als Zeichen der Unterdrückung der Frau verstanden, andererseits als Zeichen ihrer Würde. Beide Optionen lassen sich begründen. Ganz abgesehen von Stimmen, die in der Ablehnung muslimischer Kleidervorschriften eine hegemoniale und koloniale Haltung erkennen<sup>1</sup> oder dem Gegenpol, die in Ausstellungen etwa in Frankfurt oder Berlin<sup>2</sup> vorgeführte, als Modest Fashion bezeichnete Verarbeitung des Hijab durch Modemarken wie Chanel oder Versace. Die oft klischeehafte gesellschaftliche Auseinandersetzung bis hin zu Ausschreitungen etwa an der Universität Frankfurt tut dem Diskurs nicht gut<sup>3</sup>.

Wie der Gesetzgeber mit dem politischen Problem umgehen darf oder muss, ist auch im Bundesverfassungsgericht umstritten. Immerhin hat die Zahl der Sondervoten vom ersten bis zum dritten Senatsbeschluss zum Kopftuch im ersten und im zweiten Senat kontinuierlich abgenommen, von drei über zwei bis zuletzt einem Sondervotum (eine Selbstablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit aufgrund früherer Veröffentlichungen nicht eingerechnet).<sup>4</sup> Im Ergebnis bestätigt die jüngste Entscheidung,<sup>5</sup> die an die beschwerdeführende muslimische Rechtsreferendarin ergangene Untersagung bei Amtshandlungen in bestimmten Ausbildungsabschnitten ein Kopftuch zu tragen.<sup>6</sup>

## II. Die Entscheidung

Die Entscheidung wertet die der Antragstellerin obliegende Pflicht bei Ausübung des staatsanwaltlichen Sitzungsdienstes, bei der Teilnahme an Sitzungen auf der Richterbank, bei Beweisaufnahmen und in der Verwaltungsstation bei der Leitung von Sitzungen zur Anhörung in Ausschüssen ein Kopftuch zu tragen, als Eingriff in die durch Art 4 Abs. 1, Abs. 2 GG geschützte individuelle Glaubensfreiheit, und zwar unabhängig davon, ob von der Referendarin das Tragen des Kopftuches zwingend aus dem als verbindlich empfundenen Koran abgeleitet werden kann. Die Richtigkeit dieses Ansatzes belegen die unterschiedlichen Stellungnahmen muslimischer Verbände<sup>7</sup> sowie des Zentralrats der Ex-Muslime<sup>8</sup>.

Als Verfassungsgüter, die der vorbehaltlos garantierten Glaubensfreiheit widersprechen und in concreto mit dieser abzuwägen sind, identifiziert die Mehrheitsmeinung ebenso wie die vorangegangene Kammerentscheidung das Gebot der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates<sup>9</sup>, in Sonderheit den Grundsatz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege<sup>10</sup>, rechtsvergleichend ergänzt um Hinweise zur verfassungsrechtlichen Garantie der richterlichen Unabhängigkeit<sup>11</sup> sowie die negative Glaubensfreiheit anderer Verfahrensbeteiligter.<sup>12</sup>

Die tiefgründige Argumentation, die das Für und Wider abwägt und anders als in früheren Zeiten<sup>13</sup> sich auf zahlreiche Literaturstimmen stützt oder diese kritisch zurückweist<sup>14</sup>, kennzeichnet die Arbeitsweise des Gerichts, geschult an und eingepasst in deutsche juristische Dogmatik.

Das Sondervotum unterscheidet sich von der Mehrheitsmeinung dadurch, dass es vorrangig die im Beschluss eher beiläufig neben Art. 2 Abs. 1 GG herangezogene Ausbildungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) in den Mittelpunkt stellt<sup>15</sup> und durchaus praxisnah betont, dass es ein leichtes wäre vor einer Verfahrenshandlung der in ihrem Grundrecht beeinträchtigten Referendarin darauf hinzuweisen, dass diese keine Richterin auf Probe oder auf Lebenszeit ist, sodass die von der Mehrheitsmeinung festgestellte Beeinträchtigung der staatlichen Neutralität, der Funktionsfähigkeit der Rechtsprechung einschließlich der richterlichen Unabhängigkeit sowie der negativen Glaubensfreiheit Dritter entfele.<sup>16</sup> Mit anderen Worten: Die Senatsmehrheit habe ohne Not zu weit bei ihrer Entscheidung ausgegriffen und ihre Entscheidungsspielräume für die Zukunft voreilig eingegrenzt.<sup>17</sup>

1) *Makram-Ebeid*, Das Goethe 1/2019, S. 6.

2) Die Zeit vom 4.5.2019, S. 39; FAZ vom 27.1.2020, S.13.

3) Eindrücklich *Pink*, in: Die Zeit vom 30.1.2020, S. 51.

4) BVerfGE 108, 282 = ZBR 2004, 137; E 138, 296; Beschluss vom 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17 = ZBR 2020, 249 (in diesem Heft); m. w. N. bei *Battis/Grigoleit/Hebeler*, NVwZ 2020, S. 283 (285); *Hofmann*, NVwZ 2009, S. 74.

5) ZBR 2020, 249.

6) So zuvor schon die 1. Kammer des 2. Senats BVerfG, NVwZ 2017, 1128 m. Anm. *Muckel*; VGH Kassel, Beschluss vom 23.5.2017 – 1 B 1056/17; ebenso BayVerfGH, NVwZ 2019, 721; dazu scharf ablehnend Schwabe, DVBl 2020, S. 433; anders für Beibehaltung des Kopftuchs VG Frankfurt, Beschluss vom 12.4.2017 – 9 L 1298/17 F.

7) Rn. 53-57, 59-62, 64-67.

8) Rn. 63, s.a. *Steinberg*, Zwischen Grundgesetz und Scharia, 2018, S. 96 ff. m. w. N.

9) Rn. 87 ff.

10) Rn. 91 f.

11) Rn. 96 ff.

12) Rn. 93, Leitsatz 2; s.a. Sondervotum *Maidowski*, Rn. 3; krit. hinsichtlich negativer Glaubensfreiheit und des Bestimmtheitsgrundsatzes *Muckel*, NVwZ 2017, S. 1133 unter Rückgriff auf BVerfGE 108, 252.

13) Dazu *Vofskuhle*, FAZ vom 27.2.2020, S. 8.

14) Rn. 90.

15) Rn. 111 f.

16) Rn. 20.

17) Zu dieser (von mehreren) „unsichtbaren Grenzen“ der Verfassungsrechtsprechung *Vofskuhle*, FAZ vom 27.2.2020, S. 8.