

**Ausschussvorlage KPA/19/51**

Eingegangene Stellungnahmen

zu der mündlichen Anhörung des Kulturpolitischen Ausschusses

zu dem

**Gesetzentwurf  
der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen  
Schulgesetzes  
– Drucks. [19/5955](#) –**

6.	Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Westfälische Wilhelms-Universität Münster	S.	11
7.	Hessischer Datenschutzbeauftragter	S.	17
8.	Prof. Dr. Aust, Freie Universität Berlin	S.	33
9.	Montessori Landesverband Hessen e. V.	S.	49
10.	Hessischer Philologenverband	S.	51
11.	Vereinigung der Schulaufsichtsbeamtinnen und -beamten des Landes Hessen	S.	52

Datum

11. April 2018

## Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP

für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Schulgesetzes

LT-Drs. 19/5955

### **I. Übersicht und Gesamtwürdigung**

Der vorliegende Gesetzentwurf zielt auf eine präzisere und erweiternde Regelung der Mitwirkungspflichten von Schülerinnen und Schülern in den öffentlichen Schulen des Bundeslandes Hessen. Dazu soll durch die Einfügung eines neuen Abs. 5 in § 69 des Hessischen Schulgesetzes (HessSchulG) das Verbot eingeführt werden, durch „Verhalten oder ihre Kleidung die Kommunikation mit den Beteiligten des Schullebens (...) in besonderer Weise zu erschweren.“ Die geplante Neuregelung nimmt Bezug auf eine entsprechende Gesetzesänderung in Niedersachsen im Jahr 2017, die auf das Gutachten des Unterzeichners zurückgeht.

Die in Aussicht genommene Regelung ist in ihrem sachlichen Gehalt untadelig, allerdings verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten. Denn im Unterschied zur damaligen Gesetzeslage in Niedersachsen regelt das Landesrecht in Hessen bereits jetzt in § 69 Abs. 4 S. 2 HessSchG in hinreichend bestimmter Weise Mitwirkungspflichten, mit denen auch einschlägige kommunikative Grundpflichten abgedeckt sind. Daher ist die Abwägung, ob eine Veränderung der gesetzlichen Lage herbeigeführt werden soll, genuin politisch.

### **II. Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Lage**

#### **1. Ausgangspunkt**

a) Das HessSchG regelt in § 69 die Rechte und Pflichten aus dem Schulverhältnis. Hier wird in Abs. 4 gegenwärtig bestimmt:

*(4) Die Schülerinnen und Schüler sind insbesondere verpflichtet, regelmäßig am Unterricht und den pflichtmäßigen Schulveranstaltungen sowie an den gewählten Ganztagsangeboten teilzunehmen, die erforderlichen Arbeiten anzufertigen und die Hausaufgaben zu erledigen. Sie haben die Weisungen der Lehrkräfte und des Personals, das Betreuungsangebote oder ganztägige Angebote durchführt, zu befolgen, die dazu bestimmt sind, das Bildungs- und Erziehungsziel der Schule zu erreichen und die Ordnung in der Schule aufrechtzuerhalten. Bei minderjährigen Schülerinnen und Schülern sind neben diesen auch die Eltern dafür verantwortlich; die Pflichten der Auszubildenden und Arbeitgeber bei Berufsschülerinnen und -schülern bleiben unberührt.*

Die Regelung ist damit strukturell so aufgebaut, dass sie zunächst spezielle Pflichten regelt (Anwesenheit, Teilnahme an Prüfungen) und dann eine allgemeine Weisungsfolgepflicht anschließt, die inhaltlich an den Erziehungsauftrag der Schule gebunden ist („induktives Modell“).

b) Inhalt und Form der gesetzlichen Regelung unterscheiden sich damit sowohl von der vormaligen als auch in geringerem Umfang von der neuen Rechtslage in Niedersachsen, auf die im Gesetzgebungsverfahren Bezug genommen wurde.

Hier war in § 58 des Niedersächsischen Schulgesetzes in der Fassung vom 3. März 1998 (Nds. GVBl. S. 137) bis zur Neuregelung 2017 nur bestimmt:

*Schülerinnen und Schüler sind verpflichtet, regelmäßig am Unterricht teilzunehmen und die geforderten Leistungsnachweise zu erbringen.*

Die knappe Fassung in Niedersachsen ging auf die Änderung des Schulgesetzes von 1993 zurück, mit der das bis dahin formal noch bestehende Anstaltsschulrecht beseitigt wurde. Aus dem vormaligen § 42 wurde Abs. 1 gestrichen („Die Rechte und Pflichten des Schülers in der Schule bestimmen sich nach den Grundsätzen des Anstaltsrechts, soweit sich aus diesem Gesetz nichts anderes ergibt“), die bis dahin beispielhaft in Abs. 2 hervorgehobenen („insbesondere“) Pflichten des Unterrichtsbesuchs und der Teilnahme an Leistungsnachweisen bildeten nunmehr die Pflichtenstellung abschließend ab.

Durch die Neuregelung 2017 ist in Niedersachsen nunmehr eine Mitwirkungspflicht an den Anfang gestellt, von der aus kaskadenartig bestimmte Einzelpflichten (Anwesenheit, Teilnahme an Prüfung, Kleidung) angeschlossen werden. § 58 lautet in seiner neuen Fassung:

*(1) Schülerinnen und Schüler haben das Recht und die Pflicht, an der Erfüllung des Bildungsauftrags der Schule mitzuwirken.*

*(2) 1 Schülerinnen und Schüler sind verpflichtet, regelmäßig am Unterricht teilzunehmen und die geforderten Leistungsnachweise zu erbringen. 2 Sie dürfen durch ihr Verhalten oder ihre Kleidung die Kommunikation mit den Beteiligten des Schullebens nicht in besonderer Weise erschweren. 3 Dies gilt nicht, wenn einzelne Tätigkeiten oder besondere gesundheitliche Gründe eine Ausnahme erfordern.*

Diese Form der Regelung lässt sich als „deduktives Modell“ kennzeichnen.

Sowohl das induktive als auch das (bessere) deduktive Modell erfüllen im Unterschied zur früheren niedersächsischen Gesetzesbestimmung die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein eventuelles Verbot einer unterrichtsstörenden Bekleidung. Das ergibt sich aus der (im folgenden unter Rückgriff auf meine gutachterlichen Äußerungen zum Gesetzgebungsverfahren in Niedersachsen skizzierten) verfassungsrechtlichen Lage.

## 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

a) Zweifellos stellt die Vorgabe einer bestimmten Kleidung (oder ihr Verbot) einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit und – bei plausibler Begründung – auch einen Eingriff in das Grundrecht der Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, sowie ggfs. den Schutz des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG dar. Schülerinnen und Schüler können dem wegen der strengen Schulpflicht auch regelmäßig nicht entgehen.

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hat die grundsätzlich allgemein-ausnahmslose Schulpflicht wiederholt gerechtfertigt,

vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 21.4.1989 (1 BvR 235/89), Rn. 3 f.; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31.5.2006 (2 BvR 1693/04), Rn. 9, 15 ff.; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 21.7.2009, NJW 2009, 3151 (3152); BVerwGE 147, 362 (Rn. 13, zu einzelnen Unterrichtseinheiten Rn. 18 ff.).

Zugleich gilt selbstverständlich: Die öffentlichen Schulen sind Teil des Staates und damit ausnahmslos unmittelbar an die Grundrechte gebunden, Art. 1 Abs. 3 GG. Daher kann sich jede Schülerin und jeder Schüler in jeder öffentlichen Schule auf alle Grundrechte berufen und damit rechtswidrige Eingriffe ohne hinreichende Rechtfertigung abwehren,

BVerfGE 34, 165 (192 f.); 41, 251 (259 f.); 45, 400 (417 f.); 58, 257 (268 ff.) – stdg. Rspr.; umfassend statt aller Rux/Niehues, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 26 ff.

Ein Eingriff muss also gerechtfertigt werden. Dafür ist nach allgemeinen Regeln ein hinreichender Beitrag des parlamentarischen Gesetzgebers erforderlich (formale Ebene: Parlamentsvorbehalt), der sich der Sache nach darauf stützen kann, dass durch diesen Eingriff gleichrangige Verfassungsrechtsgüter geschützt werden (materielle Ebene: praktische Konkordanz). Je spezifischer und hochrangiger das betroffene Rechtsgut ist, desto stärker muss der Gesetzgeber selbst die Verantwortung für genau diesen Grundrechtseingriff übernehmen, ganz allgemeine Ermächtigungen („Generalklauseln“) reichen dann nicht aus. Das Schulrecht zeugt davon, dass im Unterschied zum früheren Anstaltsrecht etliche Einzelfragen inzwischen einer genaueren Regelung durch das Gesetz unterliegen; regelmäßig hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zu entsprechendem Handeln anhalten müssen,

vgl. BVerfGE 47, 46 (78 ff.).

b) Dabei hat der Gesetzgeber im Schulbereich verfassungsrechtlich eine komplexe Lage zu bewältigen. Denn gerade die (strenge) Schulpflicht bedingt, dass Bildung und Erziehung die grundrechtliche Identität der Schülerinnen und Schüler achten. Paradoxiertweise fordert dann der auf die Entfaltung der Grundrechte ausgerichtete Erziehungsprozess aber auch von Eltern und Schülern mehr als nur eine äußerliche Duldung staatlicher Einwirkung. Sie sind auch verpflichtet, die notwendigen Voraussetzungen für einen solchen Unterricht zu schaffen bzw. nicht zu verhindern. Zugleich ist der Staat insbesondere in grundrechtssensiblen Bereichen zu Toleranz und Rücksichtnahme verpflichtet. Erst diese doppelte Ausrichtung genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen: Die Beachtung der Maßgaben für das staatliche Handeln und die Mitwirkungspflichten der Schüler und Eltern sind immer wieder aufeinander verwiesen, um der Entwicklung der Persönlichkeit der Schüler in einem umfassenden Sinn zu genügen.

Im Einzelnen gilt: Art. 7 Abs. 1 GG legitimiert nach ständiger Rechtsprechung

„einen umfassend zu verstehenden staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag. Dieser verleiht dem Staat Befugnisse zur Planung, Organisation, Leitung und inhaltlich-didaktischen Ausgestaltung des Schulwesens, seiner Ausbildungsgänge sowie des dort erteilten Unterrichts“,

BVerwGE 147, 362 (Rn. 11) unter Rückgriff auf BVerfGE 96, 288 (303); BVerwGE 107, 75 (78). So auch die ganz herrschende Auffassung in der Literatur, im Einzelnen Thiel, Der Erziehungsauftrag des Staates in der Schule, 2000, insb. S. 43 ff.; Avenarius, in: Avenarius, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, S. 108 ff.; Rux/Niehues, Schulrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 140 ff.; Wißmann, in: Bonner Kommentar, Art. 7 (2015), Rn. 59 ff.; kritisch Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hg.), GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 7, Rn. 23 ff.

Schulunterricht ist vor diesem Hintergrund nicht (nur) Anwendung von gesetzlichen Bestimmungen, sondern notwendig ein personaler, offener Prozess. Schulrecht kann und muss daher – wie jede Regulierung von Dauerverwaltungsverhältnissen – durch flexible, allgemeine Regeln geordnet werden. So können konkrete Lerninhalte (wie zum Beispiel Regelungen zur Rechtschreibung) auf der Grundlage allgemeiner gesetzlicher Lernzielbestimmungen durch die zuständigen (exekutiven) Stellen festgelegt werden,

vgl. BVerfGE 98, 218 (251 ff.); BVerwG, Urteil vom 11.9.2013, Az. 6 C 12/12, Rn. 19.

Um (Grund-) Rechte von Schülern und Eltern und staatliche Erziehungsrechte gleichzeitig zu realisieren, bedarf es fairer Prozeduren statt eindimensionaler Vorrang-, Unterordnungs- oder Vollzugsszenarien: Einerseits ist der Unterricht darauf ausgerichtet, die durch die Grundrechte geschützte private, plurale, sich entwickelnde Identität der Schülerinnen und Schüler zu achten. Im gleichen Moment ist andererseits die Achtung des Anderen wie auch die Orientierung an demokratisch definierten Gemeinwohlzielen ständige Maßgröße des Schulehaltens und damit auch Pflicht der Schülerinnen und Schüler.

Diese Gleichzeitigkeit ist ein verfassungsrechtlich maßgeblicher Faktor für die staatliche Schule. Sie respektiert Schülerinnen und Schüler in ihrer grundständigen Verschiedenheit, und zugleich darf und muss sie ihnen zumuten, sich mit anderen als ihren eigenen Anschauungen auseinanderzusetzen und dabei auch Grenzen ihrer eigenen Rechte hinzunehmen. Die Vermeidung unerwünschter oder auch bloß unbekannter Kontakte, die der Bürgergesellschaft freisteht, ist in der Schule suspendiert. Daraus leitet sich insbesondere auch die Gestaltung des Unterrichts als wechselseitiger, offener Prozess ab.

Ziel und Inhalt des schulischen Erziehungsprozesses wirken in den Worten des Bundesverfassungsgerichts wie folgt zusammen:

„(Der staatliche Erziehungsauftrag) richtet sich nicht nur auf die Vermittlung von Wissen und die Erziehung zu einer selbstverantwortlichen Persönlichkeit. Er richtet sich auch auf die Heranbildung verantwortlicher Staatsbürger, die gleichberechtigt und verantwortungsbewusst an den demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft teilhaben. Soziale Kompetenz im Umgang auch mit Andersdenkenden, gelebte Toleranz, Durchsetzungsvermögen und Selbstbehauptung einer von der Mehrheit abweichenden Überzeugung können effektiver eingeübt werden, wenn Kontakte mit der Gesellschaft nicht nur gelegentlich stattfinden, sondern Teil einer mit dem regelmäßigen Schulbesuch verbundenen Alltagserfahrung sind“,

BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31.5.2006 (2 BvR 1693/04), Rn. 16.

Die Teilnahmepflicht der Schüler richtet sich daher nicht nur auf eine äußerliche, rein eigennützig kalkulierende oder dulddende Anwesenheit, sondern auf die (viel weitergehende, dafür als solche kaum erzwingbare) Verpflichtung zur Teilnahme an Unterricht und Erziehung als geistigem Prozess. Daraus lässt sich als Vorwirkung die Pflicht ableiten, die notwendigen Voraussetzungen für einen solchen Unterricht auch auf Seiten der Schülerinnen und Schüler zu schaffen und nicht bereits durch ein äußerliches Verhalten zu verunmöglichen.

Die Pflicht zur Begegnung und Auseinandersetzung verlangt zugleich auch wieder vom Staat, dass die Verschiedenheit und persönliche Identität der Beteiligten in der Organisation und Durchführung des Unterrichts geachtet werden. Insbesondere dort, wo grundrechtlich stark geschützte unterschiedliche Wertvorstellungen aufeinanderprallen können, sind für den Staat Rücksichtnahmepflicht und Indoktrinationsverbot zu beachten,

BVerfGE 41, 29 (51); 47, 46 (76 f.); BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31.5.2006 (2 BvR 1693/04), Rn. 20 ff.; BVerwGE 147, 362 (Rn. 14).

Nur die so umrissene doppelte Ausrichtung der staatlichen Schule genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen: Die Beachtung der Maßgaben für das staatliche Handeln und die Mitwirkungspflichten der Schüler und Eltern sind unmittelbar und immer wieder erneut aufeinander verwiesen, um der Entwicklung der Persönlichkeit der Schüler in einem umfassenden Sinn zu genügen,

BVerfGE 96, 288 (303 f.); zur notwendigen Offenheit der Erziehungssituation näher Wißmann, Pädagogische Freiheit als Rechtsbegriff, 2002, S. 125 ff.

Entscheidend ist nun, dass im Kernbereich des Unterrichts eine organisatorische Schonung der Grundrechtsposition gerade nicht möglich gemacht werden muss: Um zu erziehen und zu bilden (und nicht nur Unterrichtsinhalte bekanntzugeben), ist die ständige Rückkopplung zwischen Lehrer und Schüler jedenfalls ein legitimes Kernelement. Die Achtung der Verschiedenheit führt gerade zur Pflicht gegenseitiger, kommunikativ symmetrischer Begegnung. Schülerinnen und Schüler können daher – als Kernelement der Schule im Verfassungsstaat – dazu verpflichtet werden, auch in ihrem eigenen Bereich Voraussetzungen für ein Gelingen des wechselseitigen Erziehungsprozesses zu schaffen und dies nicht durch eine bestimmte Kleidung zu unterlaufen oder zu verhindern. Daher lässt sich ein Verhüllungsverbot als Sonderpflicht in der öffentlichen Schule, gestützt auf den staatlichen Erziehungsauftrag, materiell rechtfertigen.

### 3. Zusammenführung

Vor diesem Hintergrund ist zu verlangen, dass der Gesetzgeber für die Schule eine Rechtslage schafft, in der kleidungsspezifische Vorgaben hinreichend klar als Pflichten abgeleitet werden können (formale Ebene) und in der Sache funktional begründet sind (materielle Ebene).

Aus einer allgemeinen Mitwirkungspflicht lassen sich verschiedene Handlungs- und Unterlassungsvorgaben bestimmen. Es hat sich in den letzten Jahren gezeigt, dass die Kleidung ein typischer Grenzbereich ist, in dem das Recht auf Verschiedenheit eingefordert wird. Wenn Einzelpflichten aufgezählt werden, legt sich daher durchaus nahe, dass der Gesetzgeber die Kleidung in die Aufzählung beispielhaft genannter Pflichten aufnimmt, um für einen gesellschaftlich umstrittenen Fall die Verantwortung der Entscheidung zu übernehmen. Verfassungsrechtlich entscheidend ist jedoch, dass zumindest eine allgemeine Mitwirkungspflicht generiert ist, die nicht selbstbezüglich gestaltet ist, sondern ihre Berechtigung aus dem Gelingen des Erziehungsauftrags der öffentlichen Schule speist; hierauf kann nach den vorstehenden Darlegungen direkt auch ein einschlägiges Kleidungsverbot gestützt werden (während zum Beispiel ein Kopftuch für Schülerinnen im normalen Unterricht gerade nicht gerechtfertigt wäre).

Die bisherige hessische Regelung erfüllt diese Voraussetzungen. Denn sie enthält eine allgemeine Mitwirkungspflicht für Schülerinnen und Schüler, die sich auf die Erfüllung des verfassungsrechtlich geschützten staatlichen Erziehungsauftrags ausrichtet. Insbesondere ist nicht (wie früher in Niedersachsen) notwendig, aus Einzelpflichten zunächst erst eine allgemeine Mitwirkungspflicht zu konstruieren und diese dann „über Bande“ auf neue Pflichten wie etwa Kleidungs Vorgaben zurückzubeziehen. Für die Anwendungsebene lässt sich ergänzend festhalten: Jeweils darzulegen ist, dass eine bestimmte Kleidungsart dem Gelingen des Unterrichts in der konkret erfolgenden Form entgegensteht und dieser Unterricht (als Kontrollfrage) nicht nur gerade deshalb in dieser Form erteilt wird, um (eine bestimmte) Religion zu diskriminieren.

Münster, den 11. April 2018

gez. Hinnerk Wißmann



## DER HESSISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE

DER HESSISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE  
Postfach 31 63 · 65021 Wiesbaden

Kulturpolitischer Ausschuss  
des Hessischen Landtags  
Herrn Vorsitzenden Lothar Quanz  
Schlossplatz 1 – 3  
65183 Wiesbaden

Aktenzeichen <i>Bitte bei Antwort angeben</i>	40.93-ro/tr
zuständig Durchwahl 14 08 -	Prof. Dr. Ronellenfisch 120
Ihr Zeichen Ihre Nachricht vom	I A 2.8 27.02.2018
Datum	11.04.2018

### Öffentliche mündliche Anhörung des Kulturpolitischen Ausschusses zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur Änderung des Hessi- schen Schulgesetzes - Drucks. 19/5955 -

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

zur Anhörung des Kulturpolitischen Ausschusses am 9. Mai 2018 kann ich in meiner Funktion als Hessischer Datenschutzbeauftragter keine Stellungnahme abgeben, da der Datenschutz durch den Gesetzentwurf nicht berührt wird. Zur verfassungsrechtlichen Fragestellung habe ich als emeritierter öffentlich-rechtlicher Hochschullehrer natürlich eine eigene Meinung. Damit möchte ich aber nicht auf die Beratung Ihres Ausschusses Einfluss nehmen, erlaube mir aber, Ihnen zwei Publikationen vorzulegen, die die Thematik einigermaßen abdeckt.

Mit freundlichen Grüßen

  
Prof. Dr. Ronellenfisch

### Anlage

Unsere telefonische Erreichbarkeit: Mo.-Do. von 8:30 bis 12:00 Uhr sowie 13:00 – 16:00 Uhr und Fr. von 8:30 bis 12:00 Uhr  
Persönliche Termine bitte mit vorheriger Absprache

Schu**R**

Jetzt mit  
**Fachbeirat!**  
Siehe Editorial

# SchulRecht

Informationsdienst  
für Schulleitung und Schulaufsicht

ISSN 1434-4181

September

<b>Editorial</b> .....	98
<b>Thema des Monats</b>	
Religiöse Symbole und Toleranzbegriff, <i>Ronellenfisch</i> .....	99
<b>Erläuterte Gerichtsentscheidungen</b>	
Rechtschreibreform: Letzter Akt? .....	101
<b>Rechtsprechung im Überblick</b>	
Beleidigung eines Lehrers im Rundfunk .....	105
Nichtzulassung zur Abiturprüfung .....	105
Kreiselternebeirat und Mandat als Klassenelternbeirat .....	106
Anforderungen an ein Vorstellungsgespräch .....	107
Aufwendungen eines Lehrers für Sportkleidung .....	108
<b>Rechtsentwicklung</b>	
Schulrecht, quo vadis im Schuljahr 1998/99? .....	109
<b>Kurz-Nachrichten</b>	
Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde zur Besetzung des BayVerfGH .....	104
Texanische Schulbehörde verkauft Aktien .....	111
Brüssel droht wegen Lehrerdiploemen mit Klage .....	111
Per Internet gegen Gewalt .....	111
NC für Referendare soll entfallen .....	111
Keine Aufhebung des Sprengelzwangs .....	111
Benachteiligung des Religionsunterrichts .....	111
Elternbeirat fordert Voraussetzungen für feste Grundschulzeiten .....	111
Ost-West-Wechsel und Lehrergehälter .....	111
<b>Info-Tafel</b> .....	112
<b>Zeitschriftenschau/Rezensionen</b>	
Kleine Grundschulen in den neuen Bundesländern vor dem Hintergrund internationaler Erfahrungen .....	112
<b>Leserservice</b>	
Kostenlose Anforderung von Gerichtsentscheidungen .....	104

9/1998

2. Jahrgang

Beiträge zu allen für die Schule bedeutsamen Rechtsfragen, lexikalische Begriffserklärungen, Gerichtsporträts, Statistiken zu Schule und Recht, meinungsfreudige Artikel und ein Blick in das Ausland gehören beispielhaft zur breit angelegten Palette der Themen, die dazu beitragen sollen, das Beziehungsgeflecht von Schule und Recht möglichst in seiner ganzen Vielseitigkeit zu erfassen.

## Religiöse Symbole und Toleranzbegriff

*Lehrerin mit »Kopftuch«*

*Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch, Universität Tübingen*

Mit der – wie zu zeigen sein wird zu Recht ablehnenden – Entscheidung über die Einstellung der Muslimin Fereshta Lubin in den Schuldienst des Landes Baden-Württemberg ist der Kopftuch-Streit neu entbrannt. Der Streit hat Symbolcharakter und ist durch rechtliche Mißverständnisse geprägt. Insbesondere werfen sich die Beteiligten wechselseitig Intoleranz vor, ohne sich über die rechtlichen Implikationen des Toleranzbegriffs im klaren zu sein.

### Passive und aktive Toleranz

»Toleranz«, von lateinisch »tolerare« (ertragen), ist sprachverwandt mit dem deutschen »dulden«. Im christlichen Sinn hieß das »ohne Widerspruch erleiden«. Toleranz bedeutete passive Duldsamkeit. Auch im Rechtsinn wurde Toleranz ursprünglich als Geschenk begriffen (Mailänder Toleranzedikt; Edikt von Nantes). Als sich in der Aufklärung das Verständnis der Toleranz als soziale Tugend durchsetzte, wurde deren Sicherung zur staatlichen Pflicht; neben die passive trat die aktive Toleranz.

### Herleitungen

Passive und aktive Toleranz zählen zu den Entstehungsbedingungen des Verfassungsstaats. Der moderne Staat entstand in der Überwindung der konfessionellen Bürgerkriege. In der neu definierten Souveränität verfügte er hierzu über die notwendigen Machtmittel. *Bodin*, dogmatischer Wegbereiter dieser Entwicklung, stellte neben die Souveränität die *ratio*. Das bedeutete eine Absage an Offenbarungswahrheiten. Mit der Souveränität ist das staatliche Gewaltmonopol verbunden. Träger der Staatsgewalt ist der Staat selbst (juristische Person). Ausgeübt werden muß die Staatsgewalt jedoch von physischen Personen. Der Vorsorge, daß diese ihre Macht nicht mißbrauchen, dienen die Verteilung der Staatsgewalt auf verschiedene Staatsorgane, die Einräumung von Grundrechten und die, mit der Scheidung von Staat und Gesellschaft unabweisbare, Verpflichtung der Staatsorgane auf Neutralität und Toleranz. Diesen Kriterien des Verfassungsstaats entspricht auch die Bundesrepublik Deutschland.

### Grundrechteordnung

Das im Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelte Grundrecht auf Toleranz folgt aus einer verfassungsrechtlichen

Gesamtschau. Die Toleranz fällt in den Schutzbereich des Art. 4 GG, wird von Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WV vorausgesetzt und durch die Diskriminierungsverbote der Art. 3 Abs. 3, 33 Abs. 3 und 140 GG i. V. m. 136 WV abgesichert. Garantiert sind die passive und aktive Toleranz. Die passive Toleranz folgt bereits aus dem Abwehrgehalt der Grundrechte gegen staatliche Eingriffe. Die meisten Grundrechte sind aber auch auf Verwirklichung gegenüber den Mitbürgern angelegt. Wer mit – im Rahmen der verfassungsrechtlichen Schranken zulässigen – fremden Lebensäußerungen konfrontiert wird, muß diese selbst dann dulden, wenn sie nicht seinem Wertverständnis entsprechen. Der Duldungspflicht entspricht ein staatsgerichtetes Recht auf Toleranz. Wird der Duldungspflicht von den Dritten nicht entsprochen, erstarkt das Abwehrrecht zum Schutzanspruch: Der Staat ist dann zu aktiver Toleranz verpflichtet, um passive Toleranz zu erzwingen. Schranken des Grundrechts auf passive Toleranz ergeben sich aus kollidierenden Rechtspositionen, aus konträren Grundrechten, Rechtsgütern mit Verfassungsrang und Belangen des Staates.

### Streitbare Demokratie

Wie weit die Schranken der Toleranz konkret reichen, hängt mit dem Selbstverständnis des jeweiligen Staates zusammen. Wie die historischen Erfahrungen zeigen, führt es zu katastrophalen Ergebnissen, wenn sich eine Demokratie unter Berufung auf demokratische Prinzipien selbst verleugnet. Aus ähnlichen Gründen darf die Toleranz nicht im Namen der Toleranz Selbstmord begehen. Das Konzept der streitbaren Demokratie verhindert, daß der Staat intoleranten Ideologien zum Opfer fällt. Auch das Grundgesetz ist zwar dem Pluralismus verpflichtet, aber nicht indifferent. Es duldet keine Angriffe, die sein Wertverständnis erschüttern. Maßstab für die Werteordnung ist das Grundgesetz. Die relevanten Werte sind in erster Linie den Grundrechten zu entnehmen. Kon-

flikte zwischen Grundrechten oder von Grundrechten mit anderen verfassungsrechtlich garantierten Rechtsgütern werden gelöst, indem nach einer Entscheidung gesucht wird, die – soweit möglich – jedes der beteiligten Rechtsgüter zur Entfaltung kommen läßt (»praktische Konkordanz«). Das gilt namentlich für die positive und negative Glaubensfreiheit. Der Staat ist nicht nur zu konfessioneller, sondern auch zu weltanschaulicher Neutralität verpflichtet. Das Prinzip staatlicher Nicht-Identifikation beansprucht auch dann Geltung, wenn der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben mit den Kirchen kooperiert. Der pluralistische und zugleich wertorientierte Staat kann nur neutral sein, wenn er Angriffe gegen seine Werteordnung unterbindet und intolerantes Verhalten bekämpft.

### Verfassungswirklichkeit

Die Verfassungswirklichkeit spiegelt die Entwicklung vom nur passiven zum zugleich aktiven Verständnis der Toleranz. Unerlässlich ist Toleranz vor allem in besonderen Gewaltverhältnissen, in denen keine Möglichkeit besteht, der Staatsgewalt auszuweichen. Besondere Gewaltverhältnisse sind durch eine verschärfte Abhängigkeit der Betroffenen vom Staat gekennzeichnet. Eine verschärfte Abhängigkeit besteht im Strafvollzug und vor allem im Schul- und Beamtenverhältnis. Voraussetzung der Funktionsfähigkeit solcher enger Kontaktverhältnisse ist die Toleranz der Gewaltausübenden und der Gewaltunterworfenen untereinander. Das zeigte sich bereits beim Streit um das überkonfessionelle Schulgebiet außerhalb des Religionsunterrichts, welches das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf die Ausweichbarkeit gerade noch für zulässig erklärte. Insofern folgerichtig sah das Gericht im berühmten Beschluß vom 16. Mai 1995 (BVerfGE 93, 1) im Anbringen eines Kreuzes oder Kruzifixes in den Unterrichtsräumen einer staatlichen Pflichtschule einen Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 GG. Die Unausweichlichkeit des Kreuzes gilt nur für Schüler, nicht hingegen für Lehrer, die ihren Beruf schließlich frei gewählt haben.

### Kopftuch

Auch im Hinblick auf das Tragen religionstypischer Kleidung in der Schule sind die Gewaltunterworfenen zu unterscheiden. Schülern und Schülerinnen wird man in der Regel die symbolische Demonstration ihrer Religionszugehörigkeit nicht versagen können. Der Eingriff in die negative Glaubensfreiheit der anderen und in die Funktionsfähigkeit des Schulbetriebs ist nicht so massiv, daß die Schulordnung unzumutbar gestört wird. Die religiöse Zur-Schau-Stellung läßt sich folgenlos ignorieren. Anders verhält es sich bei den Lehrern und Lehrerinnen. Sie unterliegen zwar selbst der Dienstherrengewalt ihrer

Anstellungskörperschaft und sind Gewaltunterworfenen. Zugleich üben sie aber Staatsgewalt gegenüber den Schülern und Schülerinnen aus. Bei den Lehrern und Lehrerinnen steht dem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG das Neutralitätsgebot und die negative Glaubensfreiheit der Schüler und Schülerinnen gegenüber. Folglich muß unter Berücksichtigung des umfassend begriffenen Toleranzgebots ein Ausgleich gesucht werden. Hierbei kommt es wieder darauf an, daß die Gewaltunterworfenen sich der Gewaltausübung nicht entziehen können. Ob bewußte religiöse Werbung betrieben wird oder das Tragen religiöser Symbole nur die Ichbezogenheit des Lehrers oder der Lehrerin manifestiert, spielt keine Rolle. Für die Schüler und Schülerinnen entsteht Anpassungsdruck. Symbolische religiöse Bekundungen der Lehrer und Lehrerinnen während des Unterrichts können nicht geduldet werden. Der Dienstherr ist vielmehr gehalten, im Interesse der Schüler und Schülerinnen aktive Toleranz zu üben. Das Tragen bhagwan-typischer Kleidung durch Lehrer im Unterricht wurde zu Recht und mit Billigung der Rechtsprechung durch den jeweiligen Dienstherrn verboten (BayVGH vom 9. 9. 1985 – 3 CS 85 A/1386; OVG Hamburg vom 26. 11. 1984 – Bs I 171/84). Wenn Lehrerinnen – auch solche im Vorbereitungsdienst – an staatlichen Schulen aus erkennbar religiösen Motiven Kopftücher tragen, muß das ebenfalls vom Dienstherrn unterbunden werden. Das ist keine gezielt gegen den Islam gerichtete Maßnahme und kein Anzeichen für eine in Deutschland, Frankreich (vgl. Avis du Conseil d'état du 27 novembre 1989, abgedr. in: *Le Monde* vom 29.11. 1989, S. 13) und der Schweiz (Entscheidung des Bundesgericht vom 12. November 1997 . 2P 419/1996; *SchuR* 1998,67) speziell im Verhältnis zu Muslimen bestehende intolerante Geisteshaltung. Auch Muslime haben Anspruch auf Toleranz, soweit sie die Werteordnung des Grundgesetzes akzeptieren. Hierzu zählt aber auch die negative Glaubensfreiheit der Schülerinnen und Schüler. Für Fundamentalismus ist in der Schule kein Platz.

### Folgerung

Deutschland ist zugleich ein pluralistischer und wertgebundener Staat. Gegenüber fremden Kulturen ist der deutsche Staat tolerant. Toleranz im Rechtssinn setzt den Staat voraus. Dies gilt bereits für die nur passiv verstandene Toleranz. Erst recht bedingen sich aktive Toleranz und streitbare Demokratie wechselseitig. Ein Staat, der alles duldet und erduldet, ist nicht tolerant, sondern wird zur Spielwiese intoleranter Bestrebungen. Permissivität und richtig verstandene Toleranz schließen sich aus. Die aktive Toleranz steht dem Tragen religiöser Symbole durch staatliche Bedienstete während der Dienstaufübung entgegen. Im Gegensatz zu Schülerinnen ist Lehrerinnen das religiös motivierte Tragen von Kopftüchern im Unterricht verwehrt.

<i>Michael Stolleis</i>	
Der Streit um den Vorrang, oder: Der Wasunger Krieg .....	631
<i>Dietmar Willoweit</i>	
Rechtsprobleme der absoluten Monarchie .....	641
<i>Eike Wolgast</i>	
Die Neuordnung von Kirche und Welt in deutschen Utopien der Frühreformation (1521–1526/27) .....	659
<i>Reinhold Zippelius</i>	
Römischer Etatismus und christliche Religion .....	681

#### V. Öffentliches Recht, Verfassungslehre, Europarecht

<i>Peter Badura</i>	
Die föderative Verfassung der Europäischen Union .....	695
<i>Sophie C. van Bijsterveld</i>	
Grundrechte in der EU: Über Ideale und Wertvorstellungen .....	707
<i>Peter Häberle</i>	
„Staatsbürgerschaft“ als Thema einer europäischen Verfassungslehre .....	725
<i>Josef Isensee</i>	
Das Dilemma der Freiheit im Grundrechtsstaat. Grundrechte zwischen Privatwillkür und Gemeinwohlerwartung .....	739
<i>Paul Kirchhof</i>	
Der Beitrag der Kirchen zur Verfassungskultur der Freiheit .....	775
<i>Hans von Mangoldt</i>	
Das deutsche Staatsvolk nach der Wiedervereinigung. Staatsangehörigkeitsrechtliche Folgen der Wiedergewinnung der Einheit Deutschlands und der abschließenden Regelung in bezug auf Deutschland .....	799
<i>Hartmut Maurer</i>	
Verfassungsänderung im Parteienstaat .....	821
<i>Hans Heinrich Rupp</i>	
Sind Ethik-Kommissionen Rechtsausschüsse und ihre Voten Verwaltungsakte? .....	839
<i>Klaus Stern</i>	
Kulturelle Werte im deutschen Verfassungsrecht .....	857
<i>Klaus Vogel</i>	
Rückwirkung: eine festgefahrene Diskussion. Ein Versuch, die Blockade zu lösen .....	875

#### VI. Bildungswesen, Kulturgeschichte

<i>Walter Odersky</i>	
Die Zustiftung für weibliche Studierende in der Stiftung Maximilianeum in München .....	887
<i>Günter Pittner/Dorothea Kretschmer</i>	
Ethik-Unterricht – aber wie? .....	901
<i>Wolfgang Graf Vitzthum</i>	
Stefan George und der Staat .....	915
<i>Hans F. Zacher</i>	
Forschung in Deutschland – Strukturen der Vielfalt. Strukturen der Ganzheit? .....	941
<i>Schriftenverzeichnis Martin Heckel</i> zusammengestellt von <i>Christian Heckel</i> .....	975
Autorenverzeichnis .....	985

# Festschrift für Martin Heckel

zum siebzigsten Geburtstag

Herausgegeben von

Karl-Hermann Kästner  
Knut Wolfgang Nörr  
Klaus Schlaich



Mohr Siebeck

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	III
I. Zur Person	
<i>Christoph Link</i> „Staat – Kirche – Recht – Geschichte“. Zu Martin Heckels Gesammelten Schriften .....	3
<i>Thomas Oppermann</i> Martin Heckels Verdienste um die Tübinger Universität und Juristenfakultät .....	19
II. Kirchenrecht, Kirchengeschichte, Theologie	
<i>Axel Frhr. von Campenhausen</i> Evangelisches Bischofsamt und apostolische Sukzession in Deutschland .....	37
<i>Martin Daur/Michael Frisch</i> Bischöfliches Amt und Vorsitz im Spruchkollegium nach der Lehrbeanstandungsordnung .....	53
<i>Christian Heckel</i> Der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland. Zur Entstehungsgeschichte des Rates der EKD .....	67
<i>Alexander Hollerbach</i> Kirchen- und Staatskirchenrecht in Freiburg 1945–1967 .....	85
<i>Martin Honecker</i> Synodale Gesetzgebung und Bekenntnis .....	103
<i>Peter Landau</i> Das Recht der frühen Kirche im Werk Aemilius Ludwig Richters .....	117
<i>Eduard Lohse</i> Theologie der Rechtfertigung im ökumenischen Dialog .....	133
<i>Hans Maier</i> Bemerkungen zur vatikanischen Ostpolitik 1958–1978 .....	151
<i>Joachim Mehlhausen</i> Fünfzig Jahre Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland. Erbe und Auftrag .....	159
<i>Bernd Moeller</i> Zu den städtischen Disputationen der frühen Reformation .....	179
<i>Knut Wolfgang Nörr</i> Kanonisches Recht und modernes Gerichtsverfahren aus der Distanz eines ausgehenden Jahrtausends .....	197
<i>Dietrich Pirson</i> „Publice docere“ im kirchlichen Handeln der Gegenwart .....	207
<i>Reinhard Richardi</i> Privatautonome Gestaltungen des kirchlichen Dienstes als Gegenstand des Kirchenrechts .....	219
<i>Klaus Schlaich</i> Einige Beobachtungen zum Recht der Papstwahl .....	237
<i>Ernst-Lüder Solte</i> Die deutschen katholisch-theologischen Fakultäten im Konflikt um die päpstliche Unfehlbarkeit .....	251
<i>Christian Starck</i> Ius utrumque im Wandel der Zeiten .....	275

## Aktive Toleranz in der streitbaren Demokratie

Michael Ronellenfitsch

## A. Grundlagen

## I.

1. Das Wort „Toleranz“ kommt vom lateinischen „tolerare“ (tragen, ertragen<sup>1</sup>). „Tolerare“ ist sprachverwandt mit dem deutschen „dulden“, das sich im 8. Jh. aus dem Wort „Geduld“ entwickelte. Im christlichen Sinn meinte „dulden“ dann „ohne Widerspruch erleiden“<sup>2</sup>. Die Toleranz wurde zur *passiven* Duldsamkeit, zur „Langmut“, d.h. zu einer „großzügigen Geisteshaltung“<sup>3</sup>. Der Blick richtete sich auf den, der Toleranz ausübt. Toleranz war ein Geschenk. So wurde sie auch ursprünglich im Rechtssinn verstanden. Toleranz gewährten die Kaiser *Konstantin* und *Linius* im Jahr 313 im Mailänder Toleranzedikt<sup>4</sup>, König *Heinrich IV* 1598 im Edikt von Nantes<sup>5</sup> oder Kaiser *Josef der II* von Österreich 1781 im Toleranz-Patent<sup>6</sup>. Bisweilen mußte Toleranz erkauf werden. Das Ju-

<sup>1</sup> Das Substantiv „tolerantia“ wird *Cicero* zugeschrieben, der das Wort als Bezeichnung für das Ertragenkönnen all der Widrigkeiten gebrauchte, die dem Menschen im Verlauf des Lebens zustoßen können. Vgl. *H. Cancik / H. Cancik-Lindemaier*, Moralische tolerantia – wissenschaftliche Wahrnehmung des Fremden – religiöse Freiheit und Repression. Bemerkungen zum „Kulturthema Toleranz“ in der griechischen und römischen Antike, in: *A. Wierlacher* (Hrsg.), Kulturthema Toleranz, 1996, S. 263 ff. Umfassend zur Begriffsgeschichte *K. Schreiner*, Toleranz, in: *O. Brunner / W. Conze / R. Koselleck* (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 6, 1990, S. 445 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *K. Schreiner*, Fn. 1, S. 450 ff.

<sup>3</sup> Duden, Herkunftswörterbuch, 1963, S. 710. Die Frage, „utrum haeretici sint tolerandi“, wurde namentlich von *Thomas von Aquin* verneint.

<sup>4</sup> Von *W. Kabl*, Staat und Kirche, in: Handbuch der Politik I, 3. Aufl., 1920, S. 126 ff. (128) als „wunderbarer Anfang der Geschichte des Verhältnisses von Staat und Kirche“ bezeichnet, da es Toleranz für alle Religionen gewährt habe. Vgl. auch *P. Battifol*, La Paix Constantienne et le Catholicisme, Paris 1914, S. 196 ff. Schon 380 wurde die christliche Religion von *Theodosius* zur ausschließlichen Staatsreligion erklärt (Gesetz vom 27. 2. 380; Codex Theodosianus XVI, 1,2). Vgl. zu den Zusammenhängen *H. Berkhof*, Kirche und Kaiser, 1947, S. 41 ff.

<sup>5</sup> Text: *I. Miek* (Hrsg.), Toleranzedikt und Bartholomäusnacht. Französische Politik und europäische Diplomatie 1570–1572, 1969. Vgl. auch *O. Busch*, Toleranz und Grundgesetz, 1967, S. 27 ff.

<sup>6</sup> Text: *G. Frank*, Das Toleranz-Patent Kaiser Josephs II. Urkundliche Geschichte seiner Entstehung und seiner Folgen, Wien 1992, S. 37. Allgemein *F. Valjavec*, Der Josephismus, 2. Aufl., 1944.

denschutzgeld heißt noch 1811 in Ungarn Toleranzgeld. Generell hatte sich zu dieser Zeit jedoch bereits der Gedanke der Aufklärung durchgesetzt, daß die Toleranz eine soziale Tugend sei<sup>7</sup>. Die *Sicherung der Toleranz* wurde zur staatlichen Pflicht; neben die passive trat die *aktive Toleranz*<sup>8</sup>, die bei der rechtlichen Diskussion von Toleranzfragen zu wenig Beachtung findet. Zwar hat im wertneutralen Staat die Toleranz einen anderen Stellenwert als im Gottesstaat oder „Werteverwirklichungsstaat“. Selbst im wertneutralen Staat gibt es aber *einen* unverzichtbaren Wert, nämlich die Neutralität selbst<sup>9</sup>. Wer die Neutralität abschaffen will, kann nicht mit Toleranz rechnen, sondern muß seinerseits zu Toleranz gezwungen werden. Passive und aktive Toleranz zählen zu den Entstehungsbedingungen der Staatlichkeit im allgemeinen und speziell des Verfassungsstaats.

2. Staat im Rechtssinn erfaßt begrifflich nur die politische Organisationsform, die sich in Europa in einer bestimmten historischen Situation herausbildete. Staat meint namentlich nicht die Herrschaftsverbände des Mittelalters<sup>10</sup>, sondern nur den *modernen Staat*. Der moderne Staat entwickelte sich in den konfessionellen Bürgerkriegen, zu deren Überwindung er diente<sup>11</sup>. Das war nur möglich, weil der Staat – zunächst verkörpert durch den französischen König – hierzu über die Machtmittel verfügte, die in der neu definierten *Souveränität* gebündelt waren. *Jean Bodin*, dogmatischer Wegbereiter dieser Entwicklung, übersetzte das altfranzösische „*soverain*“ nicht mehr mit „*superanus*“, was verschiedene Arten des Höherstehens zugelassen hätte<sup>12</sup>, sondern mit oberster Staatsgewalt (*summa perpetuaque potestas*)<sup>13</sup>. Neben die Souveränität stellte *Bodin* die *ratio*<sup>14</sup>, was eine Absage an die von den religiösen Bürgerkriegspar-

<sup>7</sup> Exemplarisch *J. Locke*, Vier Briefe über Toleranz, 1689–92; hierzu *Fr. Lezius*, Der Toleranzbegriff Lockes und Pufendorfs, 1900. Vgl. auch *F. E. Schnapp*, Toleranzidee und Grundgesetz, JZ 1985, 857 ff. (858 f.).

<sup>8</sup> Vgl. *K. Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, 1992, 254 ff. („Der Staat gewährt nicht eigentlich Toleranz; er ist zum Hüter der Toleranz geworden.“).

<sup>9</sup> Vgl. (mit unverhohlener Polemik) *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 1932, Ausg. 1963, S. 98. Die Römer akzeptierten einen Religionspluralismus, nicht jedoch den Monotheismus der Juden und Christen. Zur Provokation des christologischen Dogmas *A. Grillmeier*, Fragmente zur Christologie, hrsg. von *Th. Hainthaler*, 1997.

<sup>10</sup> Damit sollen die modernen Forschungen nicht abgewertet werden, die belegen, wie vor allem durch die im 12. Jahrhundert beginnenden Kodifikationen aus einigen mittelalterlichen Herrschaftsverbänden Frühformen der modernen Staatlichkeit wurden. Vgl. hierzu *A. Wolf*, Gesetzgebung in Europa 1100–1500, 2. Aufl., 1996.

<sup>11</sup> Vgl. nur *E. Forstboff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1991, S. 11.

<sup>12</sup> So etwa *Beaumanoir*, Coutumes de Beauvoisis, 1283, Ausgabe *Beugnot*, Paris 1842, Bd. II, S. 22: „cascuns barons est sovrains en sa baronnie“. Hierzu *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 73 Fn. 1; *H. Rehm*, Allgemeine Staatslehre, 1899, S. 41.

<sup>13</sup> Vgl. Les six livres de la République, 1576 I 1 S. 1 mit dem von *Bodin* selbst ins Lateinische übertragenen Text der Fassung von 1786.

<sup>14</sup> *H. Rehm*, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, 1896, S. 220 erbrachte den Nachweis, daß *Bodin* mit „*ratio*“ Gerechtigkeit meinte. Die Mäßigung der Souveränität durch die *ratio* bezieht sich aber auch auf die konfessionelle Neutralität.

teien verfochtenen Offenbarungswahrheiten auf dem Feld der Politik bedeutete<sup>15</sup>. Der souveräne Staat, nicht eine Religion, ging aus den konfessionellen Bürgerkriegen als Sieger hervor. Wesens- und Lebenselement des modernen Staates wurde die Toleranz in religiösen und unpolitischen weltanschaulichen Angelegenheiten. Dies gilt auch für Deutschland, wo sich die Staatlichkeit in den Territorien herausbildete. Im Dreißigjährigen Krieg war Deutschland als Ganzes zur Bedeutungslosigkeit herabgesunken. Bevölkerungsverluste und Zerstörungen erforderten den Wiederaufbau. Die Vermehrung der Bevölkerung und Ansiedlung neuer Gewerbe setzten eine Mobilität der Menschen voraus, die nicht durch religiöse Restriktionen beeinträchtigt werden durfte<sup>16</sup>. Die staatliche Toleranz erwies sich als Akquisitionsfaktor<sup>17</sup>. Zugleich schuf sie eine Voraussetzung für die Entstehung des Verfassungsstaats.

3. Staat bedeutet abstrahierte Befehlsgewalt. Mit der Souveränität ist notwendig das Gewaltmonopol verbunden. Legitimiert ist nur die *rechtmäßige* Gewaltausübung. Die Definition des Rechts steht dem *Träger der Staatsgewalt* zu, der sich im Lauf der Geschichte änderte. Im Zuge der Staatsbildung wurde den physischen Gewaltträgern die Herrschaft entzogen. Die Staatsgewalt muß

<sup>15</sup> Als Programmschrift für religiöse Toleranz wird *Bodins*, „Colloquium Heptaplomeres de rerum sublimium arcanis abditis“ von 1593 (Neudruck 1966) verstanden, obwohl dort der Begriff „Toleranz“ nicht auftaucht. (Vgl. auch *E. Benz*, Der Toleranzgedanke in der Literaturwissenschaft [über den Heptaplomeres des Jean Bodin], Deutsche Vierteljahrsschrift für Literatur und Geistesgeschichte 12 [1934], 530 ff.). Den Toleranzgedanken formuliert dort der Universaltheist *Senamus*: „Omnes, ... omnium religiones, tum naturalis illa ... tum Jovis gentiliumque Deorum quos Orientales Indi ac Tartari colunt, tum Mosis, tum Christi, tum Muhammadis, quam suo quisque ritu non fucata simulatione, sed integra mente prosequitur, aeterno Deo non ingratos ac justos errores excusari confido, tametsi omnium gratissima est illa, quae optima“ (Buch 5, 192). Toleranz bedeutete die Duldung aller Konfessionen, nicht jedoch von Atheismus und Aberglaube, immerhin hatte *Bodin* in früheren Jahren in seiner Demonomanie (*De la Demonomanie des Sorciers*, 1581) mit Nachdruck die Hexenverfolgung propagiert. Doch auch dort finden sich Ansätze für die spätere Toleranzidee (Vgl. *U. Lange*, Untersuchungen zu *Bodins* Demonomanie, 1970, S. 138 ff.). Konstitutives Element für den Hexenbegriff war die Intention der Blasphemie, die *Bodin* auch als staatsgefährdend betrachtete. Folglich entschuldigte nicht nur die ignorantia facti, sondern auch die ignorantia juris. Die Argumentation ist durch eine juristische Sichtweise geprägt, die, worauf *M. Heckel*, Staat und Kirche nach den Lehren der evangelischen Juristen Deutschlands in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts, ZRG kan. Abt. 43 (1957), 276 Fn. 322 aufmerksam machte, bei *Heinrich Anreas Cranius* (Dissertatio juridico-politicae de pace religionis ac libertate conscientiae in Romano Imperio servanda, 1619) im Vordergrund steht.

<sup>16</sup> Zum Kontext von Mobilität und Glaubensfreiheit *M. Ronellenfisch*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Betrachtungen zur Mobilität mit dem Auto, 1994, S. 25.

<sup>17</sup> Brandenburg-Preußen verdankte seinen Aufschwung in erster Linie der Aufnahme von Glaubensflüchtlingen, namentlich der refugiiés aus Frankreich. Entgegen Art. VII § 2 des Westfälischen Friedens wurden in Preußen sogar Sekten geduldet. Die „unduldsamen Zwangsvorschriften“ (*G. Anschütz*, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850, 1912, S. 184) des sog. Wöllnerschen Religionsedikts vom 9. 7. 1788 (Novum corpus Constitutionum VIII 2175) wurden nicht in die §§ 1 ff. II 11 des Allgemeinen Landrechts von 1794 übernommen. Vgl. aber auch *A. Breitenborn*, Randgruppen im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 1997.

jedoch von physischen Personen ausgeübt werden. Folglich wurde die Staatsgewalt nicht mehr als eigene, sondern als von Gott oder den Gewaltunterworfenen übertragene Befehlsgewalt betrachtet. Am leichtesten ließ sich dieser Mechanismus durch eine anthropomorphe Sichtweise verdeutlichen<sup>18</sup>. Der Staat wurde zur juristischen Person, die selbst Träger der Staatsgewalt ist<sup>19</sup>. Da auch eine juristische Person nur durch Organe handeln kann, mußte Vorsorge getragen werden, daß diese ihre Macht nicht mißbrauchen. Dem dienten die Verteilung der Staatsgewalt auf verschiedene Staatsorgane, die Einräumung von Grundrechten und die, mit der Scheidung von Staat und Gesellschaft unabweisbare, Verpflichtung der Staatsorgane auf Toleranz und Neutralität in religiösen und weltanschaulichen Angelegenheiten. All das sind Kriterien des *Verfassungsstaats*<sup>20</sup>.

## II.

1. Das im Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelte *Grundrecht auf Toleranz* folgt aus einer verfassungsrechtlichen Gesamtschau. Die Toleranz fällt in den Schutzbereich der Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit des Art. 4 GG, wird von Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WV vorausgesetzt und durch die Diskriminierungsverbote der Art. 3 Abs. 3, 33 Abs. 3 und 140 GG i. V. m. 136 WV flankiert<sup>21</sup>.

Garantiert sind die *passive und aktive Toleranz*. Zwar dienen Grundrechte primär als Abwehrrechte gegen den Staat. Insofern könnte es mit der passiven Toleranz sein Bewenden haben. Die meisten Grundrechte sind aber auf *Verwirklichung* angelegt. Die Glaubensfreiheit ist zugleich Bekenntnisfreiheit, die

<sup>18</sup> Ein geistiges Wesen muß jedoch zwangsläufig unsichtbar bleiben. Vgl. aber *W. Leisner*, Auf dem Weg zum „Unsichtbaren Staat“, in: Festschr. f. H. Schambeck, 1994, S. 295 ff. Der Staat kann indessen durch Symbole, Zeichen u. dgl. in Erscheinung treten und sollte das tun, wenn er als Hoheitsträger auftritt. (Vgl. allgemein *J.-D. Gauger / J. Stagl* [Hrsg.], Staatsrepräsentation, 1992). Das bedeutet umgekehrt, daß die Gewaltausübenden eigene Symbolik unterlassen. Denn wenn sie ihrerseits Zeichen setzen, erwecken sie den Eindruck, daß der Staat sich mit diesen Zeichen identifiziert. Beim Uniformtragen dürfen keine fremden Hoheitszeichen verwandt werden. Auch in anderen besonderen Gewaltverhältnissen ist insoweit Mäßigung geboten.

<sup>19</sup> Grundlegend *E. Albrecht*, Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen Deutschen Staatsrechts, Göttingische Gelehrten Anzeigen, 1837, S. 1489 ff.; 1508 ff. (1491 f.) = Sonderausgabe 1962, S. 3 f. Selbst die aus nationalsozialistischem Blickwinkel konzipierte, gegen die Konstruktion des Staats als juristische Person gerichtete Schrift von *R. Höhn*, Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, 1935, erkannte die historische Leistung *Albrechts* an (S. 221 ff.). *G. Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, sprach von einem „Grund- und Eckstein des Staatsrechts“. Kritisch dagegen *Otto Mayer*, Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht, in: Festg. für Laband, 1908, Separatdruck S. 56; *H. Heller*, Die Souveränität, 1927, S. 59.

<sup>20</sup> Hierzu *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 36 ff.

<sup>21</sup> Vgl. *M. Heckel*, Rechtscharakter und Funktionen der Religionsfreiheit, in: Gedächtnisschr. f. Schnur, 1997, S. 207 ff. (208).

Meinungsfreiheit zugleich Meinungsäußerungsfreiheit usw. Dadurch werden Dritte betroffen. Wer mit fremden Lebensäußerungen konfrontiert wird, muß sie dulden, auch wenn sie nicht seinem Wertverständnis entsprechen, es sei denn, die Duldungspflicht ist beschränkt. Diese Duldungspflicht ist den Grundrechten immanent. Ihr korrespondiert ein staatsgerichtetes Recht auf Toleranz. Werden grundrechtlich gewährleistete fremde Lebensäußerungen nicht geduldet, wird aus dem Abwehrrecht ein Schutzanspruch<sup>22</sup>. Der Staat muß mit seinen Machtmitteln die Voraussetzung dafür schaffen, daß ein Grundrecht verwirklicht werden kann. Er ist zu aktiver Toleranz verpflichtet, um passive Toleranz zu erzwingen.

2. *Schranken* des Grundrechts auf Toleranz ergeben sich aus kollidierenden Rechtspositionen. Solche Rechtspositionen vermitteln zunächst die konträren Grundrechte. Die positive Glaubens- und Bekenntnisfreiheit wird durch die negative Glaubensfreiheit relativiert. Kollidieren können aber auch Belange des Staates selbst. Wie weit derartige Schranken reichen, hängt mit dem Selbstverständnis des Staates zusammen. Bei einem ungebremsten Pluralismus aller politischen Strömungen könnte die Toleranz bis zur staatlichen Selbstpreisgabe reichen. Wie aber die historischen Erfahrungen ergeben haben, führt es zu verheerenden Ergebnissen, wenn die Demokratie mit demokratischen Mitteln vernichtet wird. Aus ähnlichen Gründen ist es widersinnig, wenn die Toleranz im Namen der Toleranz Selbstmord begeht, d. h. wenn der Staat intoleranten Ideologien zum Opfer fällt<sup>23</sup>. Diese Konsequenz vermeidet das Konzept der streitbaren Demokratie.

## III.

1. Das Grundgesetz ist dem Pluralismus verpflichtet, aber *nicht indifferent*. Eine Äquivalenztheorie der verschiedenen Wertvorstellungen ginge fehl. Auch das Demokratieverständnis ist nicht der archimedische Punkt des Wertverständnisses. Der Mehrheitswille bricht sich an Verfassungswerten mit Ewigkeitsgehalt. Wer an diesem Wertverständnis rührt, wird entweder das Opfer der *streitbaren Demokratie*, oder er schafft als Revolutionär die Verfassung ab. *Carl Schmitt* ist – gerade weil er sich weigerte, aktive Toleranz zu einem Ordnungs- und Wertbegriff zu machen, der dem parlamentarischen System hätte Halt geben können<sup>24</sup> –, spiritus rector unseres streitbaren Verfassungsverständ-

<sup>22</sup> *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992; *F. Kopp*, Grundrechtliche Schutz- und Förderungspflichten der öffentlichen Hand, NJW 1994, 1753 ff.

<sup>23</sup> *Wilhelm Truene / Wolfgang Truene*, Parlamentarismus in Deutschland, 1964, S. 44 zitieren eine Wahlrede Hitlers von 1932, in welcher er ausführte: „Die Herren haben ganz recht! Wir sind intolerant! Ich habe mir ein Ziel gestellt: nämlich die 30 Parteien aus Deutschland hinauszufegen...“.

<sup>24</sup> *K. Schreiner*, Fn. 1, S. 593.

nisses. Das Grundgesetz kennt sowohl eine Ewigkeitsgarantie<sup>25</sup> wie auch Freund-Feind-Konstellationen<sup>26</sup>.

2. Dem deutschen Staat liegt eine *Werteordnung* zugrunde. *Carl Schmitt*, der es wissen mußte, hat vor „Tyrannei der Werte“ gewarnt, da der Unwert kein Recht gegenüber dem Wert habe und der Durchsetzung des höchsten Wertes kein Preis zu hoch sei<sup>27</sup>. Die Antithetik ist so schief<sup>28</sup> wie die Fragestellung, mit der *Schmitt* seine Untersuchung beginnt. Es geht nicht darum, Werte von Unwerten abzugrenzen, sondern kollidierende Werte zu einer tragfähigen Ordnung zusammenzufügen. Das kann gelingen, wenn man nicht auf höchste Werte rekurriert, die vollständig verwirklicht werden müssen. Fraglich bleibt, woher die Werte stammen, die die Werteordnung ausmachen. Die Antwort lautet: Das Grundgesetz selbst ist alleiniger Maßstab für die von ihm begründete Werteordnung. Die relevanten Werte sind in erster Linie den Grundrechten zu entnehmen. Konflikte zwischen Grundrechten oder von Grundrechten mit anderen verfassungsrechtlich garantierten Rechtsgütern werden nach Maßgabe der grundgesetzlichen Werteordnung unter Berücksichtigung der Einheit dieses Wertesystems durch Verfassungsauslegung gelöst<sup>29</sup>. Hierbei muß der sachliche Grundwertgehalt der verdrängten Norm in jedem Fall respektiert werden<sup>30</sup>. Maxime der Abwägung ist es, nach einer Entscheidung zu suchen, die – soweit möglich – jedes der beteiligten Rechtsgüter zur optimalen Entfaltung kommen läßt („praktische Konkordanz“)<sup>31</sup>. Weitere Werte ergeben sich aus dem organisatorischen Teil des Grundgesetzes. So ist dem Kompetenztitel zu entnehmen, daß der Tierschutz<sup>32</sup> mit verfassungsrechtlicher Absegnung gepflegt werden soll.

<sup>25</sup> Zur dogmatischen Fundierung *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 99 ff.

<sup>26</sup> *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 1932, Neudruck 1963, S. 26 ff. Gegenwärtig steht der Feind rechts. Mit der Faschismuskeule wird noch auf die debilste Skinhead-Gruppe geschlagen, und manche hochrangige Staatsanwälte buhlen sogar um Verbündete aus der Anarcho-Szene. Auch international dürften solche Aktionen mit Sympathie rechnen, während uns aufgezwungen wird, auf dem linken Auge blind zu sein; vgl. EGMR vom 26. 9. 1995 = 7/1994/454/535 -, NJW 1996, 375 = JuS 1996, 548.

<sup>27</sup> Die Tyrannei der Werte, Separatdruck 1959, S. 10 f.

<sup>28</sup> Ähnlich *M. Heckel*, Fn. 21, S. 209 f.

<sup>29</sup> Beschl vom 1. 3. 1978 – 1 BvR 333/75 und 174, 178, 191 /71 -, BVerfGE 47, 327 (369); BVerfG, Beschl. vom 11. 12. 1996 – 6 C 5/95 -, NJW 1997, 1996 (1997).

<sup>30</sup> BVerfG vom 26. 5. 1970 – 1 BvR 83, 244 und 345/69, BVerfGE 28, 243 (260 f.); vom 1. 3. 1978 – 1 BvR 333/75 und 174, 178, 191 /71 -, BVerfGE 47, 327 (369 f.); Urt. vom 24. 4. 1985 – 2 BvF 2,3,4 /83 und 2/84, BVerfGE 69, 1 (54 f.).

<sup>31</sup> BVerfG vom 17. 12. 1975 – 1 BvR 63/68 41, 29 (50 f.); vom 16. 5. 1995 – 1 BvR 1087/91, BVerfGE 93, 1 (21); VGH Bad.-Württ. vom 1. 7. 1997 – 9 S 1126/95 -, DVBl. 1997, 1186 *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995 Rdnr. 72; kritisch *B. Pieroth / B. Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 13. Aufl. 1997, Rdnr. 321 ff.

<sup>32</sup> BVerfG vom 15. 6. 1995 – 3 C 31.93 -, NVwZ 1996, 61 = JuS 1996, 672; mit Besprechung *J. Müller-Vollbehr*, Religionsfreiheit und Tierschutz: Zur Zulässigkeit religiös motivierten Schächtens – BVerfG, NVwZ 1996, 61 -, Jus 1997, 223 ff. (unzutreffend im vorliegenden Zusammenhang auf S. 225). Zu den Bestrebungen, den Tierschutz als Staatsziel in der Verfassung von Baden-Württemberg zu verankern NJW 1997 H. 49, S. XLVI.

3. Auch in *religiöser* Hinsicht ist der deutsche Staat nicht indifferent. Das Verhältnis von Staat und Kirche ist zwar historisch belastet<sup>33</sup>. Der in den Religionskriegen entstandene Staat durfte nicht Partei ergreifen, wollte er seine Eroberungen nicht gefährden. Dennoch herrschte noch lange ein christlich geprägtes Staatsverständnis vor. Die deutschen Monarchen waren Herrscher von „Gottes Gnaden“<sup>34</sup>. Die Wendung zur Religionsneutralität brachte hier erst die Weimarer Verfassung, in deren Präambel sich keine *invocatio dei* mehr findet<sup>35</sup>. Der Entmachtung der Kirchen im Dritten Reich folgte eine Kehrtwendung bei Erlaß des Grundgesetzes. Die Formulierung in der Präambel „im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen“ erweckte anfänglich den Eindruck eines Bekenntnisses für einen christlichen Staat. Vereinzelt charakterisierte man sogar die „*theonome Spitze des Grundgesetzes*“ als obersten Auslegungsgrundsatz<sup>36</sup>. Schon bald wurde jedoch der *invocatio dei* nur noch die Bedeutung eines „*ethischen Fundaments*“ beigemessen<sup>37</sup>, welches sich in die Werteordnung des Grundgesetzes einfügen muß. Art. 4 GG geht insoweit als *lex specialis* vor, als er den Staat zum Garanten der positiven wie negativen Glaubensfreiheit macht und ihn zur *religiösen Neutralität* verpflichtet. Das Verhältnis des Staates zu den Religionsgemeinschaften ist damit nicht präjudiziert. Auch die Rezeption der Art. 136, 137, 138, 139 und 141 WV durch Art. 140 GG bedeutet nicht, daß ohne weiteres auf die Rechtslage in der Weimarer Zeit zurückgegriffen werden könnte. Die Religionsgemeinschaften sollen, jedenfalls soweit sie den Status von Körperschaften des öffentlichen Rechts erreicht haben, nach herrschender Meinung zum Staat in einem Koordinationsverhältnis stehen<sup>38</sup>. Freilich bildete sich diese Auffassung vor allem deshalb her-

<sup>33</sup> Allgemein *R. Zippelius*, Staat und Kirche: eine Geschichte von der Antike bis zur Gegenwart, 1997.

<sup>34</sup> Zur Formulierung der Eingangsworte der Preußischen Verfassung vgl. *G. Anschütz*, Verfassungsurkunde, S. 63 ff., der überzeugend nachwies, daß die Formulierung „von Gottes Gnaden“ lediglich eine Absage an den Gedanken der Volkssouveränität bedeutete: „Irrtümlich ist es ferner, theokratische Vorstellungen irgendwelcher Art mit den Worten ‚von Gottes Gnaden‘ zu verbinden; die Theokratie ist in den modernen Staaten nicht Rechtens, auch in Preußen nicht, dessen größter König sich nicht den Statthalter Gottes, sondern den ersten Diener des Staates nannte, sein Amt also als oberste Organschaft im Staat verstand.“ (S. 64). Das landesherrliche Schutz- und Schirmrecht über die Religionsgemeinschaften betont demgegenüber stärker *L. von Rönne*, Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie, 1884, Bd. II § 163 (S. 387 ff.); Bd. IV, § 305, S. 203 ff. Zur aktuellen Lage *J. Ennuschat*, „Gott“ und Grundgesetz, NJW 1998, 953 ff.

<sup>35</sup> Beim Eid des Reichspräsidenten war nach Art. 52 Abs. 2 WRV „die Beifügung einer religiösen Beteuerung ... zulässig“.

<sup>36</sup> *W. Wertbruch*, Grundgesetz und Menschenwürde, 1958, S. 166.

<sup>37</sup> *W. Apelt*, Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz, NJW 1949, 481 ff. Die gegenteilige Auffassung war schon mit dem Gedanken der Volkssouveränität unvereinbar, auch wenn die Schöpfer des Grundgesetzes nur für einen Teil des deutschen Volkes sprechen konnten.

<sup>38</sup> Allgemein *M. Heckel*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VVDStRL 26 (1967), 5 ff.; *A. Erb von Campenhausen*, Staatskirchenrecht, 6. Aufl., 1996; *A. Hollerbach*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR, Bd. VI, 1989, § 138 S. 471 ff.

aus, weil in die Phalanx der Staatskirchenrechtler<sup>39</sup> selten jemand einzudringen wagt. Wenn man den Religionsgemeinschaften in ihrem Binnenbereich keine Unterordnung unter die Staatsgewalt zumutet und ihnen eigene Zwangsbefugnisse zubilligt, ist das im Lichte der aktiven Toleranz nur akzeptabel, weil sich die Gewaltunterworfenen dem Zwang durch Kirchenaustritt entziehen können. Unmittelbare Gewaltanwendung gegenüber Dritten ist den Religionsgemeinschaften verwehrt. Christen können und sollen ihr Wertverständnis in die politische Auseinandersetzung einbringen und versuchen, es durch christlich orientierte Parteien umzusetzen. Sie unterwerfen sich damit den demokratischen Spielregeln. Das bedeutet, daß sie auch Mehrheitsentscheidungen akzeptieren müssen, die ihnen nicht angenehm sind oder gar ihrem Selbstverständnis widersprechen. Den Kirchen steht ein Anspruch auf Toleranz zu, wie sie ihrerseits zu Toleranz verpflichtet sind. Wenn Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften Teil des öffentlichen Gemeinwesens sind, müssen sie den Erhalt des Gemeinwesens mitgewährleisten.

4. Der Staat ist nicht nur zu konfessioneller, sondern – im Rahmen des grundgesetzlichen Wertesystems – auch zu *weltanschaulicher Neutralität* verpflichtet. Konsequenz ist das Prinzip staatlicher Nicht-Identifikation<sup>40</sup>. Das gilt auch dann, wenn der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben mit den Kirchen kooperiert<sup>41</sup>. Die Trennung von Staat und Kirche ist letztlich eine Folge der Grundrechteordnung. Belange der Kirchen kommen als Grundrechtsschranken kirchlich, konfessionell oder weltanschaulich Andersdenkender in Betracht. Ihnen gegenüber dürfen kirchliche Belange vom Staat nicht einseitig durchgesetzt werden. Erforderlich ist jeweils eine Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter. Kultische Belange – beispielsweise Erhalt von Feiertagen – verdienen nicht zwingend Vorrang, soweit sie Dritte massiv an der eigenbestimmten Lebensgestaltung hindern<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Repräsentativ A. Frh. von Campenhausen, Staat und Kirche unter dem Grundgesetz. Eine Orientierung, 1994.

<sup>40</sup> Vgl. H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1966, S. 173 ff.

<sup>41</sup> Vgl. J. Kriewitz, Die Errichtung theologischer Hochschuleinrichtungen durch den Staat, 1992 = Diss. Tübingen 1992. Die Kooperation impliziert im übrigen wechselseitige Rücksichtnahmen, die auf das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen durchschlagen; vgl. BVerwG vom 10.8.1989 – 7 B 205, 206.88 –, NVwZ 1990, 66.

<sup>42</sup> An Tagen, an denen die „werktagliche Geschäftigkeit ruht“, sind gewerbliche Tätigkeiten nicht prinzipiell ausgeschlossen, weil sie das religiöse Empfinden Dritter stören. So sind Bräunungsstudios ähnliche Freizeiteinrichtungen wie Sportanlagen; vgl. BVerwG vom 25.8.1992 – 1 C 38.90 –, NVwZ 1993, 182. Auch die Lieferung frisch zubereiteter Speisen sollte an Sonn- und Feiertagen zulässig sein; vgl. VGH Bad.-Württ. vom 17.7.1990 –, 9 S 547/90 –, NVwZ-RR 1991, 476. Lebensfremd erscheint die restriktive Rechtsprechung zum Verleih von Videokassetten an Sonn- und Feiertagen, vgl. nur OVG NW vom 10.12.1990 – 4 A 2183/89 –, NVwZ-RR 1991, 478 oder zu Kfz- Münzwaschanlagen, OVG Hamburg vom 8.5.199 – Bf VI 54/89 –, NVwZ 1991, 180. Zur Lockerung in Hessen NJW 1997, H. 51, S. XLVI. Flohmärkte sind ebensowenig typisch werktägliche Veranstaltungen (hierzu OVG Hamburg vom 11.6.1990 – Bs VI 94/90 –, NVwZ 1991, 184) wie Schallplattenbörsen; a.A. VGH Bad.-Württ. vom 25.9.1996 – 9 S 1881/93 –, GewArch 1996, 479 = NVwZ-RR 1997,

5. Der pluralistische und zugleich wertorientierte Staat kann nur neutral sein, wenn er Angriffe gegen seine Werteordnung unterbindet und intolerantes Verhalten bekämpft. Der Staat, der nicht alles hinnimmt, ist nicht intolerant. Er übt vielmehr aktive Toleranz aus. Auch in der *Verfassungswirklichkeit* zeichnet sich – bei einigen Irrläufern – ein geradliniger Weg vom nur passiven zum zugleich aktiven Verständnis der Toleranz ab.

## B. Anwendungsfälle

### I.

Unerlässlich ist Toleranz vor allem in *besonderen Gewaltverhältnissen*, in denen keine Möglichkeit besteht, der Staatsgewalt auszuweichen. Besondere Gewaltverhältnisse sind Sonderstatusverhältnisse, die durch eine verschärfte Abhängigkeit der Betroffenen vom Staat gekennzeichnet sind<sup>43</sup>. Im Anschluß an den Strafvollzugs-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 14. März 1972<sup>44</sup> wurden sie voreilig für tot erklärt<sup>45</sup>. Selbst wenn sie keine verfassungsrechtliche Kategorie mehr bilden sollten, haben sie ihre Bedeutung im Verwaltungsrecht behalten<sup>46</sup>. Sie ermöglichen die bei besonders engen personalen Kontaktverhältnissen unentbehrlichen Abstufungen der staatlichen Gewaltausübung. Einen Sonderstatus erfordern neben dem erwähnten Strafvollzug vor allem das Schul- und das Beamtenverhältnis. Voraussetzung der *Funktionsfähigkeit* solcher enger Kontaktverhältnisse ist nicht zuletzt die Toleranz der Gewaltausübenden und der Gewaltunterworfenen untereinander.

1. Das *überkonfessionelle Schulgebet* außerhalb des Religionsunterrichts war bis in die 70er Jahre ein heftig umkämpfter Streitpunkt. Berühmtheit erlangte

223. Auch die Besichtigung von Immobilien durch Makler sollte an Sonn- und Feiertagen zulässig sein; a.A. Lemke, Unzulässigkeit von Maklertätigkeit an Sonn- und Feiertagen, GewArch 1989, 286 ff. Der besondere Schutz (weniger) stiller Feiertage muß allerdings auch von Kunsttreibenden akzeptiert werden; vgl. BVerwG vom 21.4.1994 – 1 B 14.94 –, NJW 1994, 1975 = JuS 1995, 831. Subjektive Rechte Dritter auf Feiertage bestehen nicht; VGH Bad.-Württ. vom 15.11.1990, NVwZ 1991, 180; Zum Sonntagsschutz nach konventionellem Verständnis BVerwG vom 15.3.1988 – 1 C 25.84 –, BVerwGE 79, 118; K.-H. Küstner, Der Sonntag und die kirchlichen Feiertage, in: J. Listl / D. Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1996, § 51, S. 337 ff.; Schlette, Kunstfreiheit contra Feiertagsschutz, JABl. 1996, 955 ff. Zur derogierenden Kraft des – ebenfalls grundrechtlich geschützten – abweichenden Verhaltens der Bevölkerungsmehrheit aber zutreffend Ph. Kunig, Der Schutz des Sonntags im verfassungsrechtlichen Wandel, 1989.

<sup>43</sup> Grundlegend Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Bd., 3. Aufl., 1924, S. 101 f.

<sup>44</sup> BVerfGE 33, I. Blauäugig insoweit auch die Kammerbeschlüsse vom 8.7.1993, NJW 1994, 1149, und vom 30.4.1993, NJW 1994, 244.

<sup>45</sup> Vgl. M. Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis – ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut, DÖV 1981, 933 ff.

<sup>46</sup> Vgl. M. Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis als verwaltungsrechtliches Institut, in: D. Merten (Hrsg.), Das besondere Gewaltverhältnis, 1985, S. 33 ff.

das Urteil des Hessischen Staatsgerichtshofs vom 27. Oktober 1965<sup>47</sup>, welches eine Grundrechtsverletzung bejahte, wenn gegen den Widerspruch von Schülern in der Klasse ein Schulgebet gesprochen würde. Das Bundesverfassungsgericht erklärte zunächst die Verfassungsbeschwerde gegen diese Entscheidung mangels Erschöpfung des Rechtswegs für unzulässig<sup>48</sup>, entschied dann aber mit Beschluß vom 16. Oktober 1979<sup>49</sup> in der Sache. Mit dem Verfahren war die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. November 1973<sup>50</sup> verbunden, das in der Veranstaltung eines Schulgebets keine Verletzung der negativen Bekenntnisfreiheit gesehen hatte<sup>51</sup>. Das Bundesverfassungsgericht folgte im Ergebnis dem Bundesverwaltungsgericht. Die Einführung christlicher Bezüge bei der Gestaltung der öffentlichen Schulen sei nicht schlechthin verboten, „mag auch eine Minderheit der Erziehungsberechtigten, die bei der Erziehung ihrer Kinder dieser Schule nicht ausweichen kann, keine religiöse Erziehung wünschen“<sup>52</sup>. Die Toleranz wird zunächst nur in ihrer passiven Komponente als fortwirkende geschichtliche Gegebenheit des Christentums erwähnt<sup>53</sup>, bekommt dann aber einen umfassenderen Einschlag. Das Schulgebet ließ das Bundesverfassungsgericht nur „auf der Basis völliger Freiwilligkeit“ für Schüler und Lehrer, freilich auch innerhalb der Unterrichtszeit in den Klassen zu<sup>54</sup>. Das war nur stimmig, wenn das Gericht, wie geschehen, einzelne Ausweichmöglichkeiten offenlegen konnte<sup>55</sup>. Die Ausweichmöglichkeiten implizierten zum damaligen Zeitpunkt, daß einzelne Schüler in eine Außenseiterrolle gedrängt wurden. Das Gericht nahm die Außenseiterrolle ausdrücklich hin und führte zur Begründung die ambivalente Seite des Toleranzgebots an, die dann freilich wieder auf die passive Komponente reduziert

<sup>47</sup> – P.St.388 –, StAnz. vom 29. 11. 1965, S. 1394 = ESVGH 16,1 = Kirche 7, 275; kritisch E.-W. Böckenförde, Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebet, DÖV 1966, 30 ff.; U. Scheuner, Auseinandersetzungen und Tendenzen im deutschen Staatskirchenrecht, DÖV 1966, 145 ff.; W. Hamel, Die Bekenntnisfreiheit in der Schule, NJW 1966, 19 ff.; A. Frh. von Campenhausen, Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft, 1967, S. 207 ff.; zustimmend E. Fischer, Die Entscheidung über Schulgebet und Religionsunterricht, Vorgänge 6 (1965), 457 ff.; F. von Zezschwitz, Staatliche Neutralitätspflicht und Schulgebet, JZ 1966, 337 ff.; ders., Glaubensfreiheit und schulische Erziehung, JZ 1971, 11 ff.

<sup>48</sup> BVerfG, Beschl. vom 6. 11. 1968 – 1 BvR 727/65 –, BVerfGE 24, 289.

<sup>49</sup> 1 BvR 647/70 und 7/74 –, BVerfGE 52, 223; hierzu E.-W. Böckenförde, Zum Ende des Schulgebetsstreits, DÖV 1980, 323 ff.; U. Scheuner, Nochmals: Zum Ende des Schulgebetsstreits, DÖV 1980, 513 ff.; Böckenförde, Schlußwort, DÖV 1980, 515.

<sup>50</sup> VII C 59.72 –, BVerwGE 44, 196; Vorinstanz NWOVG, Urt. vom 28.4.1972 – V A 921/69.; ähnlich bereits BVerwG, Beschl. vom 27. 2. 1970 – VII B 40.69 –, VerwRSpr. 21 (1970), 385 = DÖV 1971, 166; auch OVG Lüneburg vom 18. 2. 1969, OVG 25,418. Vgl. insgesamt E.-W. Böckenförde, Vorläufige Bilanz im Streit um das Schulgebet, DÖV 1974, 253 ff.; Maurer, DVBl. 1974, 663 ff.; Hollerbach, JZ 1974, 578 ff.

<sup>51</sup> Die passive Toleranz wird zwar erwähnt, ist aber nicht entscheidungsrelevant.

<sup>52</sup> BVerfGE 52, 236 f.

<sup>53</sup> „Zu diesem Faktor gehört nicht zuletzt der Gedanke der Toleranz für Andersdenkende“ (BVerfGE 52, 237, 250 f.).

<sup>54</sup> BVerfGE 52, 239 ff.

<sup>55</sup> BVerfGE 52, 248 f.

wird<sup>56</sup>. Gerade die passive Komponente der Toleranz hatte Böckenförde veranlaßt, Zweifel an der Freiwilligkeit der Nichtteilnahme zu äußern<sup>57</sup>, die er in seiner Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wiederholte<sup>58</sup>. Der besonderen (faktischen) Struktur besonderer Gewaltverhältnisse, insbesondere der Unentrinnbarkeit der manifesten Staatsgewalt, trug das Bundesverfassungsgericht noch nicht in aller Konsequenz Rechnung, obwohl das Kriterium der Unausweichlichkeit religiöser Beeinflussung in besonderen Gewaltverhältnissen bereits bei der Anbringung von Kreuzen in Gerichtssälen eine Rolle gespielt hatte<sup>59</sup>. Ausschlaggebende Bedeutung kam ihr dann beim Anbringen von Kreuzen in den Klassenräumen staatlicher Schulen zu.

2. Kaum jemals hat eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einen derartigen Wirbel verursacht wie der Beschluß des 1. Senats vom 16. Mai 1995<sup>60</sup>,

<sup>56</sup> BVerfGE 52, 251 f.: „In diesem Zusammenhang ist von besonderer Bedeutung, daß das Grundrecht der positiven und negativen Bekenntnisfreiheit unter dem Gebot der Toleranz steht... Die Frage, ob eine Nichtteilnahme am Schulgebet Andersdenkenden zumutbar ist, läßt sich nicht ohne einen Blick darauf lösen, daß hier zwei Grundrechtsausübungen aufeinandertreffen, deren Ausgleich nur unter Beachtung des grundgesetzlichen Toleranzgebots möglich ist. Die bei Berücksichtigung dieses Gebots seitens aller Beteiligten, in erster Linie der Lehrer und Eltern aller Schüler einer Klasse, aber auch der Schüler selbst hervorgetretene Bemühung, Recht und Empfindungen der jeweils Andersdenkenden so wenig wie möglich zu beeinträchtigen, schließt es in der Regel aus, daß ein am Gebot nicht teilnehmender Schüler in eine Außenseiterposition gerät.“

<sup>57</sup> DÖV 1984, 257: „Soll Toleranz als regulatives Prinzip der Rechtsausübung verstanden werden, so liegt ihre Bedeutung darin, daß zusätzliche Begrenzungen der eigenen Rechtsausübung (freiwillig) in Kauf genommen werden, um dadurch ein Interesse oder eine Rechtsposition Anderer, die nicht bereits als (einklagbares) Recht geschützt sind, gleichwohl zur Entfaltung kommen zu lassen.“ Ähnlich A. Podlech, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, 1969, S. 108 f. Dem setzte Scheuner (DÖV 1980, 514) ein nicht aktives, wohl aber aggressives Toleranzverständnis entgegen. Der Schulauftrag „Erziehung zur Duldsamkeit“ gehe dahin, „daß alle Schüler lernen sollen, im Geist der Verträglichkeit die religiöse Übung anzuerkennen und nicht zu behindern.“ Das Schulgebet soll somit in das Zentrum des schulischen Lebens gerückt werden; auch wer mit dem Gebot nicht konfrontiert werden möchte, hat dies zu erdulden. Mit Freiwilligkeit hat das aber nichts mehr zu tun.

<sup>58</sup> DÖV 1980, 324 (sub III a.E.).

<sup>59</sup> BVerfG, Beschl. vom 17.7.1973 – 1 BvR 309/69 –, BVerfGE 35, 366 (375). Die Bereitstellung von Schwurkreuzen auf Verlangen bezeichnet das Gericht als „unmißverständlichen Ausdruck religiöser Toleranz gegenüber dem jeweiligen Eidespflichtigen“ (BVerfGE 35, 374). Die Verbindung von Strafvollzug und Schule unter dem Kriterium der Unausweichbarkeit stellt der Beschluß vom 17.12.1975 – 1 BvR 63/68 –, BVerfGE 41, 29 (48) her.

<sup>60</sup> 1 BvR 1087/91 –, BVerfGE 93, 1 (abweichende Meinung der Richter O. Seidl und A. Söllner und der Richter E. Haas, S. 25 ff. sowie der Richter E. Haas, S. 34 ff. Vgl. auch die Abdrucke in BayVBl. 1996, 22 ff. m. Fn. J. Rozek; BayVBl. 1995, 775 ff. m. Fn. D. Pirson und VBIBW 1995, 470 ff. m. Fn. St. Seltenreich; Entscheidungsanalyse von F. Hufen, JuS 1996, 258. Ferner H. U. Anka / T. Severitt, Glaubensfreiheit unter dem Schulkreuz – Zur „Kruzifix-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts, VR 1996, 37 ff.; P. Badura, Das Kreuz im Schulzimmer, BayVBl. 1996, 33 ff.; 71 ff.; E. Benda, Das Kruzifix-Urteil ist zu apodiktisch, ZRP 1995, 427 ff.; ders., Wirklich Götterdämmerung in Karlsruhe?, NJW 1995, 2470 f.; A. Frh. von Campenhausen, Zur Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 121 (1996), 448 ff.; G. Czernak, Der Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, seine Ur-

nach dessen erstem Leitsatz das Anbringen eines Kreuzes oder Kruzifixes in den Unterrichtsräumen einer staatlichen Pflichtschule, die keine Bekenntnisschule ist, gegen Art. 4 Abs. 1 GG verstößt<sup>61</sup>. Der Senat stellte mehrheitlich auf die freiheitssichernde Wirkung des Art. 4 Abs. 1 GG ab<sup>62</sup> und damit auf die aktive Komponente der Toleranz. Am Rande klingt dies auch an: „Das unvermeidliche Spannungsverhältnis zwischen negativer und positiver Religionsfreiheit unter Berücksichtigung des Toleranzgebotes zu lösen, obliegt dem Landesgesetzgeber, der im öffentlichen Willensbildungsprozess einen für alle zumutbaren Kompromiß zu suchen hat“<sup>63</sup>. Ob die Senatsmehrheit selbst einen tragfähigen Kompromiß gefunden hat, kann man füglich bestreiten und wurde bereits von den dissentierenden Senatsmitgliedern – ebenfalls unter Berufung auf das Toleranzprinzip – bestritten<sup>64</sup>. Der negativen Glaubensfreiheit wird recht apodiktisch ein Vorrang eingeräumt, da den mit dem Kreuz konfrontierten Schülern keine Ausweichmöglichkeiten eingeräumt seien<sup>65</sup>. Die vorschnelle Verabschiedung des besonderen Gewaltverhältnisses rächte sich hier. Denn mit

sachen und seine Bedeutung, NJW 1995, 3348 ff.; S. Detterbeck, Gelten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch in Bayern?, NJW 1996, 426 ff.; W. Flume, Das „Kruzifix-Urteil“ und seine Berechtigung, NJW 1995, 2904 f.; M.-E. Geis, Geheime Offenbarung und Offenbarungseid? Anmerkungen zum Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, RdJB 1995, 373 ff.; H. Goerlich, Krieg dem Kreuz in der Schule?, NVwZ 1995, 1184 ff.; M. Heckel, Das Kreuz im öffentlichen Raum. Zum „Kruzifix-Beschluß“ des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1996, 264 ff.; O. Höffe, Das Grundgesetz nur auslegen – Wieviel Politik ist dem Verfassungsgericht erlaubt?, JZ 1996, 83 ff.; J. Isensee, Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation. Der Kruzifix-Beschluß des BVerfG, ZRP 1996, 10 ff.; M. Jestaedt, Das Kreuz unter dem Grundgesetz. Möglichkeit und Grenzen für die Anbringung von Kreuzen in Unterrichtsräumen staatlicher Pflichtschulen, Journal für Rechtspolitik 1995, 237 ff.; Goerlich, Krieg dem Kreuz in der Schule?, NVwZ 1995, 1184 ff.; K.-H. Kästner, Lernen unter dem Kreuz?, ZevKR 41 (1996), 241 ff.; Ch. Link, Stat Crux? Die „Kruzifix“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 3353 ff.; J. Müller-Volbehr, Positive und negative Religionsfreiheit. Zum Kruzifix-Beschluß des BVerfG, JZ 1995, 996 ff.; J. Neumann, Rechts- oder Glaubensstaat?, ZRP 1995, 381 ff.; L. Renck, Zum rechtlichen Gehalt der Kruzifix-Debatte, ZRP 1996, 16 ff.; ders., Positive und negative Bekenntnisfreiheit und Glaubens- oder Rechtsstaat, ZRP 1996, 205 ff.; Rux, Positive und negative Bekenntnisfreiheit in der Schule, Der Staat 1996, 523 ff.; Stoecker, Czermak, Der Kruzifix-Beschluß zwischen Neutralität und Glaubensförderung sowie als Spielball der Emotionen, ZRP 1996, 201 ff.; G. Stricker, Das Kruzifix-Urteil in der wissenschaftlichen Diskussion, NJW 1996, 440 f.; R. Zuck, Kreuz-Züge, NJW 1995, 2903 f. Weitere Stellungnahmen in: P. Pappert (Hrsg.), Den Nerv getroffen. Engagierte Stimmen zum Kruzifix-Urteil von Karlsruhe, 1995.

<sup>61</sup> Angriffsgegenstand war der Beschl. des BayVGH vom 3.6.1991 – 7 CE 91.1014 –, NVwZ 1991, 1099.

<sup>62</sup> BVerfGE 93, 16.

<sup>63</sup> BVerfGE 93, 22. Der passive Toleranzbegriff klingt an auf S. 23: „Zum Christentum als Kulturfaktor gehört gerade auch der Gedanke der Toleranz für Andersdenkende.“

<sup>64</sup> „Das Recht der Religionsfreiheit ist kein Recht zur Verhinderung der Religion. Der notwendige Ausgleich zwischen beiden Erscheinungsformen der Religionsfreiheit muß im Wege der Toleranz bewerkstelligt werden.“ (BVerfGE 93, 32). Auch der BayVGH hatte maßgeblich auf das Toleranzgebot abgestellt, das er in Art. 136 Abs. 1 BayVerf verankert sah (NVwZ 1991, 1100).

<sup>65</sup> BVerfGE 93, 16, 24.

ihm hätte sich die gesteigerte staatliche Neutralitätspflicht als Korrelat zur gesteigerten Gewaltunterworfenheit besser verdeutlichen lassen. Im übrigen ließ der Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts genügend Interpretationsspielräume offen, daß dem bayerischen Landesgesetzgeber ein Nachfassen möglich war. So bestehen keine Bedenken gegen das Anbringen von Kreuzen in Unterrichtsräumen, wenn kein Schüler oder keine Schülerin daran Anstoß nimmt. Die Unausweichlichkeit des Kreuzes gilt ferner nicht für Lehrer. Ob ein Lehrer in seiner negativen Glaubensfreiheit unzulässigerweise beeinträchtigt wird, wenn er in Klassenräumen eingesetzt wird, in denen ein Kreuz oder Kruzifix angebracht ist, erscheint jedenfalls äußerst fraglich. Das Bundesverfassungsgericht hat eine entsprechende Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil der Rechtsweg nicht erschöpft war<sup>66</sup>.

3. Die Staatsaufsicht über das Schulwesen umfaßt auch im Hinblick auf den Sportunterricht die Befugnis, Ausbildungsgänge und Unterrichtsziele festzulegen. Aufgabe des Sportunterrichts ist nicht allein die Gesundheitsförderung der Schülerinnen und Schüler, sondern auch die Einübung von Sozialverhalten. Insbesondere in multikulturellen Klassen bietet der Sportunterricht wichtige Integrationschancen. Wird die Integration vor allem von den Erziehungsberechtigten nicht gewünscht, dient die Glaubensfreiheit als Vehikel, etwaige Integrationsbemühungen im Ansatz zu ersticken. Beispielsweise wird Sure 24, Vers 31 des Korans (Verhüllungsgebot)<sup>67</sup> herangezogen, um die Befreiung von Schülerinnen islamischen Glaubens vom koedukativen Sportunterricht zu erzwingen. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 25. August 1993<sup>68</sup> der Glaubensfreiheit Vorrang eingeräumt. Nun sprechen wenig pädagogische Gesichtspunkte dafür, ausgerechnet den Sportunterricht koedukativ auszugestalten. Es dürfte ausreichen, wenn muslimische Schülerinnen in den anderen Fächern mit ihren Mitschülern in Kontakt kommen. Eine Befreiung nach dem Unentrinnbarkeitskriterium ist von daher sinnvoll und geboten. Eine generelle Befreiung vom Sportunterricht würde muslimische Schülerinnen dagegen in eine nicht mehr akzeptable Außenseiterrolle drängen. Allerdings ist den Glaubensbelangen bei einem nach Geschlechtern getrennten Unterricht durch eine großzügige Handhabung der Bestimmungen über die Sportkleidung Rechnung zu tragen. Die aktive staatliche Toleranz ist angesprochen, wenn bei religionsmündigen Schülerinnen familiärer Druck ausgeübt wird, die schulische Integration zu verweigern. Daher sollte von Fall zu Fall sorgfältig geprüft werden, wer sich überhaupt auf das Verhüllungsgebot beruft.

<sup>66</sup> 1. Kammer des Zweiten Senates vom 4. 12. 1997 – 2 BvR 1156/97 –, vgl. NJW 1998 H. 4, S. XVIII sowie NVwZ 1998, 156. Ferner BayVGH vom 26. 11. 1996, NVwZ 1998, 92.

<sup>67</sup> „Und sprich zu den gläubigen Frauen, daß sie ihre Blicke niederschlagen und ihre Scham hüten und daß sie nicht ihre Reize zur Schau tragen, es sei denn, was außen ist, und daß sie ihre Schleier über ihren Busen schlagen und ihre Reize nur ihren Ehegatten zeigen“, zit. nach Koran, Reclamausgabe.

<sup>68</sup> NVwZ 1994, 578. Vgl. auch NW OVG vom 12. 7. 1991, NVwZ 1992, 77; Nds. OVG vom 26. 4. 1991, NVwZ 1992, 79.

4. Was das Tragen von Kopftüchern und ähnlicher *religionstypischer Kleidung* in besonderen Gewaltverhältnissen, namentlich in der Schule, angeht, sind die Gewaltunterworfenen zu unterscheiden. Schülern und Schülerinnen wird man in der Regel die symbolische Demonstration ihrer Religionszugehörigkeit nicht versagen können<sup>69</sup>. Der Eingriff in die negative Glaubensfreiheit der anderen und in die Funktionsfähigkeit des Schulbetriebs ist nicht so massiv, daß die Schulordnung unzumutbar gestört wird. Die religiöse Zur-Schau-Stellung läßt sich folgenlos ignorieren. Anders verhält es sich bei den Lehrern und Lehrerinnen. Sie unterliegen zwar selbst der Dienstherrngewalt ihrer Anstellungskörperschaft und sind Gewaltunterworfenen. Zugleich üben sie aber eine viel unmittelbarer erfahrbare Staatsgewalt gegenüber den Schülern und Schülerinnen aus. Bei den Lehrern und Lehrerinnen steht dem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG das Neutralitätsgebot *und* die negative Glaubensfreiheit der Schüler und Schülerinnen gegenüber. Folglich muß unter Berücksichtigung des umfassend begriffenen Toleranzgebots ein Ausgleich gesucht werden. Hierbei kommt es auf den Empfängerhorizont an und darauf, daß die Gewaltunterworfenen sich der Gewaltausübung nicht entziehen können. Ob bewußte religiöse Werbung betrieben wird oder das Tragen religiöser Symbole nur die Ichbezogenheit des Lehrers oder der Lehrerin manifestiert, spielt keine Rolle. Für die Schüler und Schülerinnen entsteht Anpassungsdruck. Vergleichbar ist die Situation mit Tierversuchen im Rahmen der Ausbildung<sup>70</sup>. Symbolische religiöse Bekundungen der Lehrer und Lehrerinnen während des Unterrichts können nicht geduldet werden, obwohl sie in den Schutzbereich von Art. 4 GG fallen. Der Dienstherr ist vielmehr gehalten, im Interesse der Schüler und Schülerinnen aktive Toleranz zu üben. Das Tragen bhagwan-typischer Kleidung durch Lehrer im Unterricht wurde zu Recht und mit Billigung der Rechtsprechung durch den jeweiligen Dienstherrn verboten<sup>71</sup>. Wenn Lehrerinnen – auch solche

<sup>69</sup> Vgl. auch A. Spies, Verschleierte Schülerinnen in Frankreich und Deutschland, NVwZ 1993, 637 ff.

<sup>70</sup> Hier sind die Belange der Hochschule und der Hochschullehrer mit der Gewissensentscheidung der Studierenden abzuwägen; so erstmals VG Frankfurt vom 24. 10. 1990 – V/1 E 851/89 –, NJW 1991, 788, bestätigt durch HessVG vom 12. 12. 1991 – 6 UE 522/91 –, NJW 1992, 2173; vgl. auch (überzogen) K. Brandhuber, Kein Gewissen an deutschen Hochschulen, NJW 1991, 725 ff. Es fehlt zwar vordergründig an einer Zwangslage, weil niemand zum Studium verpflichtet ist. Jedoch bedeutet die faktische Verhinderung der Teilnahme an Lehrveranstaltungen, die für den Berufszugang unentbehrlich sind, einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG. Im Einzelfall kann das dazu führen, daß Praktika mit Alternativen zu Tierversuchen angeboten werden müssen; vgl. HessVG vom 12. 12. 1991 – 6 UE 522/91 –, NJW 1992, 2173. Grundsätzlich gewährleistet jedoch Art. 5 Abs. 3 GG das Recht des Hochschullehrers, den Inhalt eines Praktikums zu bestimmen; BayVG vom 18. 10. 1988 – 7 CE 88/2150 –, NVwZ-RR 1989, 549. Die Toleranz gegenüber den Tierversuchsgegnern reicht indessen nicht so weit, daß generell etwa tierversuchsfreie Physiologiepraktika angeboten werden müßten.

<sup>71</sup> BayVG vom 9. 9. 1985 – 3 CS 85 A/1386, BayVBl. 1985, 721 = NVwZ 1986, 405; OVG Hamburg vom 26. 11. 1984 – Bs I 171/84 –, NVwZ 1986, 406 = ZBR 1985, 91 = DVBl. 1985, 456. Abweichend H. W. Alberts, Neue Religionen und Beamtenrecht – Sannyasin als Lehrer?, NVwZ 1985, 92 ff.

im Vorbereitungsdienst – an staatlichen Schulen aus erkennbar religiösen Motiven Kopftücher tragen, muß das ebenfalls vom Dienstherrn unterbunden werden. Das ist keine gezielt gegen den Islam gerichtete Maßnahme und kein Anzeichen für eine in Deutschland (und Frankreich<sup>72</sup>) speziell im Verhältnis zu Muslimen bestehende intolerante Geisteshaltung<sup>73</sup>. Gerade die überwiegend toleranten Muslime<sup>74</sup> haben Anspruch auf Toleranz, soweit sie die Werteordnung des Grundgesetzes akzeptieren. Indiz ist ihre Einstellung zu den Menschenrechten<sup>75</sup> und zum neutralen Verfassungsstaat. Für Fundamentalismus ist hier kein Platz<sup>76</sup>.

## II.

1. Inwiefern sich *Sekten* (Jugendreligionen, neue religiöse Bewegungen, neue Weltanschauungsgemeinschaften) von den (in unserem Kulturkreis) anerkannten Religionen unterscheiden, mag dahinstehen<sup>77</sup>. Daß abgestufte Differenzierungen bis hin zu Privilegierungen geboten und verfassungsrechtlich zulässig sind, sollte unstrittig sein<sup>78</sup>. Problematisch ist jedoch die verbreitete Neigung, Sekten oder als Sekten stigmatisierte Glaubensgemeinschaften strenger, d.h. weniger tolerant zu behandeln als Kirchen. Es fehlt nicht an Versuchen, den nicht-christlich geprägten Religionen oder Weltanschauungsgemeinschaften die Berufung auf Art. 4 GG in toto<sup>79</sup> oder im Rahmen der wirtschaftlichen Be-

<sup>72</sup> Vgl. Avis du Conseil d'État du 27 novembre 1989, abgedr. in: Le Monde vom 29. 11. 1989, S. 13).

<sup>73</sup> Wieso sind wir intolerant, wenn wir das Kopftuchtragen verbieten, während im Iran 1996 das Strafrecht im Sinne der Scharia geändert wurde. Frauen, die in der Öffentlichkeit unverschleiert auftreten, können mit zweimonatiger Haft oder mit 74 Stockschlägen bestraft werden (vgl. NJW 1996, H. 34, S. XI).

<sup>74</sup> Vgl. auch M. Forstner, Die wohlgeordnete Welt – das Verhältnis zwischen Muslimen und Nichtmuslimen nach neoislamischer Rechtslehre, Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes 1992, 129 ff.; Ian Edge (Hrsg.), Islamic law and legal theory, Dartmouth 1996.

<sup>75</sup> Vgl. Abu-Salieb Aldeeb, Les musulmans face aux droits de L'homme, 1994.

<sup>76</sup> T. Bassam, Im Schatten Allahs. Der Islam und die Menschenrechte, 1994. Die Einführung islamischen Religionsunterrichts in staatlichen Schulen erscheint insoweit mangels zureichender Kontrollmöglichkeiten problematisch; vgl. allgemein Korioth, Islamischer Religionsunterricht und Art. 7 Abs. 3 GG, NVwZ 1997, 1041 ff.

<sup>77</sup> Hierzu R. B. Abel, Inhalt und Grenzen der Religionsfreiheit in bezug auf die „neuen Jugendreligionen“, Diss. Hamburg 1983; ders., Die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung zu neueren Glaubensgemeinschaften, NJW 1997, 426 ff. W. Schatzschneider, Rechtsordnung und „destruktive Kulte“, BayVBl. 1985, 321 ff.; Scholz, Rechtsfragen bei der wirtschaftlichen Betätigung von neuen Jugendreligionen, NVwZ 1993, 629 ff. sowie weiter im Text.

<sup>78</sup> Grundlegend M. Heckel, Gleichheit oder Privilegien, 1993, pass.

<sup>79</sup> Vgl. J. Isensee, in: H. Marré / J. Stütting (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd. 19, 1985, S. 142 ff. Anders die Rechtsprechung vgl. OVG NW vom 8. 8. 1985 – 5 B 453/85 –, NVwZ 1986, 400; vom 18. 12. 1985 – 5 A 1125/84 (Transzendente Meditation); VG Köln vom 12. 11. 1985 – 14 K 5208/84; vom 31. 1. 1986 – 10 K 5029/84; OVG NW vom 23. 3. 1990 – 5 A 584/86–; vom 22. 5. 1990 – 5 A 2694/88 –; BayVG vom 9. 9. 1985 – 3 Cs 85

tätigung zu verwehren<sup>80</sup>. Von daher lag es nahe, staatliche Warnungen vor Jugendsekten für unproblematisch zu halten<sup>81</sup>. Es bedurfte einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, dieser Praxis einen Riegel vorzuschieben<sup>82</sup>. Das *Toleranzgebot* gilt auch hier. Der Staat darf nur Glaubensrichtungen oder Weltanschauungen aktiv bekämpfen, die ihrerseits die Werteordnung des Grundgesetzes bekämpfen („destruktive Praktiken“) und intolerant sind.

2. Der *Körperschaftsstatus* von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften war historisch vorwiegend, aber nicht ausschließlich<sup>83</sup>, auf die christlichen Großkirchen zugeschnitten<sup>84</sup>, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WV bietet jedoch keinen Ansatzpunkt für Differenzierungen<sup>85</sup>. Die staatliche Definitionsmacht der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften<sup>86</sup> läßt sich nur mit Vorsicht aktivieren. Die Gewähr von Dauer ist vielfach auch bei Jugendsekten gegeben. Da ein subjektives Recht auf Verleihung des Körperschaftsstatus besteht, sobald die Voraussetzungen des Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WV erfüllt sind, gilt es, ungeschriebene Hinderungsgründe aufzuzeigen. Es liegt auf

A / 1338 – NVwZ 1986, 405; VGH Bad.-Württ. vom 23. 9. 1985 – 1 S 712/85 –, NVwZ 1986, 401 (Bhagwan).

<sup>80</sup> Vgl. W. Franz, Zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit sogenannten Jugendreligionen, DVBl. 1987, 727 ff.; P. Badura, Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz, 1989, S. 55, 57 f. Großzügiger OVG NW vom 8. 8. 1985 – 5 B 453/85 –, NVwZ 1986, 400 (Osho-Bewegung); auch BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats) vom 15. 8. 1989 – 1 BvR 881/89 –, NJW 1989, 3269 = JuS 1990, 496 (M. Sachs). (Transzendente Meditation).

<sup>81</sup> Vgl. W. Heintschel von Heinegg / O. Schäfer, Der Grundrechtsschutz (neuer) Religionsgemeinschaften und die Grenzen staatlichen Handelns, DVBl. 1991, 1341 ff. Aus der Rspr. OVG NW vom 22. 5. 1990 – 5 A 2694/88 –, NVwZ 1991, 176 = JuS 1991, 687 (M. Sachs); vom 31. 5. 1996 – 5 B 993/95 –, NWVBl. 1996, 447 = NVwZ 1997, 302 L.

<sup>82</sup> BVerwG vom 27. 3. 1992 – 7 C 21.90 –, NJW 1992, 2496 = JuS 1993, 245. Hierzu H. W. Alberts, Die schwierige Toleranz, NVwZ 1992, 1164 ff. Zur subjektiven Sichtweise bei der Bestimmung des Religionsbegriffs A. Isak, Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften und seine Bedeutung für die Auslegung staatlichen Rechts, 1994.

<sup>83</sup> Zu Adas Jisroel BVerwG vom 15. 10. 1997 – 7 C 21/96 –, NJW 1998, 253; Vorinstanzen: VG Berlin, NVwZ 1995, 513; OVG Berlin vom 22. 2. 1996 – 5 B 93/93 –, NVwZ 1997, 396. Hierzu H. Weber, Körperschaftsstatus bzw. Rechtsfähigkeit von Religionsgemeinschaften kraft Regierungsakt der ehemaligen DDR, NJW 1998, 197 ff. Vgl. auch Wertheimer, Die Bedeutung des Art. 137 RVerf für die israelitischen Religionsgesellschaften, Diss. Heidelberg 1930.

<sup>84</sup> Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WV geht zurück auf Art. 13 der preußischen Verfassung von 1850, der seinerseits auf einem Beschluß der I. Kammer beruhte, der wie folgt begründet war: „Der Zentralausschuß hat erwogen, daß manche Glaubensmeinungen und Religionsvereine auftauchen und bald wieder verschwinden oder nur unter wenigen Personen fortbestehen oder sich in besonderen Schattierungen zerspalten, daß die Sektenbildung nicht zu begünstigen ist und daß namentlich Korporationsrechte nur den Religionsgemeinschaften zu erteilen sein werden, welche allgemeine Teilnahme gefunden und durch Zahl und Beschaffenheit der Teilnehmer Aussicht auf dauernden Fortbestand eröffnen.“; Zit. nach G. Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850, 1912, S. 235 f.

<sup>85</sup> Ansätze für Differenzierungen aber bereits bei Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Komm., 14. Aufl., 1933, S. 645 Fn. 3: „Parität der Individuen, nicht aber Parität der Religionsgesellschaften als solcher“, hiergegen zutreffend Giese, JW 1931, 679.

<sup>86</sup> BVerwGE 90, 112 (115).

der Hand, daß das Recht auf Körperschaftsstatus nicht weiter gehen kann als die Glaubensfreiheit, für die ebenfalls immanente Schranken bestehen. Rechtswidrige, auch nicht durch die Glaubensfreiheit zu rechtfertigende, Zwecke dürfen die antragstellenden Gemeinschaften nicht verfolgen<sup>87</sup>. Über die Rechtstreue hinaus muß aber auch *Staatsloyalität* (Identifikation mit der Werteordnung des Grundgesetzes) gefordert werden, da keine widerstreitende Hoheitsgewalt auf dem gleichen Hoheitsgebiet ausgeübt werden darf und der Grundsatz der Korrelativität von Recht und Pflicht<sup>88</sup> zu beachten ist. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Juni 1997 zu den Zeugen Jehovas verdient somit uneingeschränkt Zustimmung<sup>89</sup>. Es läßt sich auf nicht-christliche, z.B. islamische Religionsgemeinschaften übertragen, seien sie nun Sekten oder nicht<sup>90</sup>.

3. Als Gefahr für die streitbare Demokratie erscheint insbesondere die *Scientology-Sekte*, zumal sie nur sich als „höchste Autorität“ anerkennt. Den „rätselhaften Ehrentitel“ (*Smend*) einer Körperschaft des öffentlichen Rechts können die Scientologen schon allein deshalb nicht beanspruchen. Ob die Scientology aber nicht als Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft zu betrachten ist, wie das Bundesarbeitsgericht entschied<sup>91</sup>, läßt sich nicht so leicht beantworten<sup>92</sup>. Letztlich spielt das aber keine große Rolle. Treffen die Vorwürfe der men-

<sup>87</sup> Vgl. nur D. Ehlers, in: Sachs (Hrsg.): Grundgesetz, 1996, Art. 140 Rdnr. 20.

<sup>88</sup> Anschütz, Verfassung, S. 637; PrOVG, Urteil vom 26. 4. 1927, – VIII. A. 17/25, – E 82, 231 (237). Vgl. auch Lilienthal, Die Staatsaufsicht über die Religionsgemeinschaften nach Art. 137 RVerf, 1925, S. 71. Die Parallele von öffentlicher Gewalt der Körperschaft Kirche und Staatsgewalt zeigt sich auch bei der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Klagen gegen liturgisches Glockengeläut; vgl. BVerwG vom 7. 10. 1983 – 7 C 44.81 –, BVerwGE 68, 62; vom 2. 9. 1996, NVwZ 1997, 390; a.A. D. Lorenz, Kirchenglocken zwischen öffentlichem und privatem Recht – BVerwG, NJW 1994, 956, JuS 1995, 492 ff. Ferner setzt die Erteilung des Religionsunterrichts in öffentlichen Schulen den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts voraus; zutreffend Koriath, Islamischer Religionsunterricht und Art. 7 III GG, NVwZ 1997, 1041 ff.

<sup>89</sup> – C 11.96 –, NJW 1997, 2396 = DÖV 1998, 29; Vorinstanzen VG Berlin vom 25. 10. 1993, NVwZ 1994, 609; OVG Berlin Ur. vom 14. 12. 1995 – 5 B 20/94 – NVwZ 1996, 478 (mit Bespr. C. Pagels, Die Zuerkennung der Rechte einer öffentlichrechtlichen Körperschaft an eine Religionsgemeinschaft – OVG Berlin, NVwZ 1996, 478, JuS 1996, 790 ff. sowie zust. Fn. R. Abel, Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas – eine Körperschaft des öffentlichen Rechts?, NJW 1997, 2370 ff.); ablehnend aber J. Müller-Volbehr, Rechtstreue und Staatsloyalität: Voraussetzungen für die Verleihung des Körperschaftsstatus an Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften?, NJW 1997, 3358 ff.; zutreffend dagegen ferner G. Thüsing, Kirchenautonomie und Staatsloyalität, DÖV 1998, 25 ff. Gegen die Entscheidung des BVerwG wurde Verfassungsbeschwerde erhoben (2 BvR 1500/97; vgl. Mitteilung NJW 1997 H. 36, S. LXIV. Das OLG Köln hat bereits die Rechtsfähigkeit der Zeugen Jehovas verneint (Urteil vom 16. 6. 1997 – 15 U 70/97 –, NJW 1998, 235); hiergegen, H. Weber, NJW 1998, 199 f.; auch ders., Gutachten ZevKR 1996, 172 ff.

<sup>90</sup> Vgl. aber Muckel, Muslimische Gemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, DÖV 1995, 311 ff.; Albrecht, Die Verleihung der Körperschaftsrechte an islamische Vereinigungen, KuR 1995, 25 ff.

<sup>91</sup> BAG vom 22. 3. 1995 – 5 AZB 21/94 –, NZA 1996, 823 = NJW 1996, 143 = JuS 1996, 550; vgl. auch VGH Bad.-Württ. vom 15. 10. 1996, GewArch 1997, 113.

<sup>92</sup> Zum gegenteiligen Ergebnis kamen immerhin so prominente Gutachter wie Canaris,

schenverachtenden Praktiken zu, die der Scientology-Sekte nicht nur von deutschen Staatsorganen gemacht werden, dann erfordert der Grundsatz der aktiven Toleranz, daß gegen die Sekte eingeschritten werden darf und muß<sup>93</sup>. Die Beweislast liegt beim Staat. Eine endgültige Klärung steht trotz zahlreicher Gerichtsentscheidungen<sup>94</sup> noch aus. Solange die Beweislage nicht eindeutig ist, nutzt die Scientology-Sekte staatliche Sanktionen<sup>95</sup> zu propagandistischen Zwecken, die immerhin zu Teilerfolgen führten. So nahm die Kommission für Menschenrechte des Europarats eine Klage der deutschen Scientology-Organisation gegen die Bundesrepublik Deutschland nur deshalb nicht zur Entscheidung an, weil nur einzelne Personen Opfer von Mißachtung der Menschenrechte sein könnten und zudem der nationale Rechtsweg nicht erschöpft war<sup>96</sup>. Wichtiger wäre eine Sachaussage, daß die Scientology-Sekte als intolerante und Organisation mit totalitären Tendenzen nicht ihrerseits Toleranz verdient.

### III.

Die Bundesrepublik Deutschland gewährleistet politisch Verfolgten *Asylrecht* (Art. 16 a Abs. 1 GG)<sup>97</sup>. Auch nach der Asylrechtsnovelle von 1993<sup>98</sup> zählen die deutschen Normierungen zu den liberalsten der Welt<sup>99</sup>. Das Asylverfahrensgesetz<sup>100</sup> stellt keine überspannten formellen Anforderungen an Asylanträge. Unbeachtlich sind Asylanträge nur, wenn offensichtlich ist, daß der Antragsteller oder die Antragstellerin in einem Drittstaat vor politischer Verfolgung

*Friauf und Kopp*. Vgl. auch *R. Zuck*, Scientology – na und, NJW 1997, 697 ff. Vgl. zum Betreiben eines Gewerbes BVerwG vom 16. 2. 1995 – 1 B 205.93 –, NVwZ 1995, 473 = JuS 1995, 473.

<sup>93</sup> Wer sich etwa in Bayern für den Staatsdienst bewirbt, muß seit dem Beschluß der Bayerischen Landesregierung vom 1. 11. 1996 (NJW 1996 H. 35, S. XXXV) seine Mitgliedschaft offenlegen. Sollte die Zugehörigkeit zur Scientology-Sekte unter Art. 4 GG fallen, ergeben sich Probleme. Die Offenbarung der Religionszugehörigkeit kann nicht gefordert werden.

<sup>94</sup> Vgl. BVerwG vom 6. 11. 1997 – 1 C 18.95. *H. Schmoll*, Scientology vor Gericht, FAZ 263 / 12. 11. 1997, S. 16.

<sup>95</sup> Zur (zutreffend) restriktiven Handhabung der Sondernutzungsregeln beim Straßenverkauf von Scientology-Anhänger VGH Bad.-Württ. vom 12. 7. 1996 – 5 S 472/96 –, NVwZ 1998, 91 = ZfS 1996, 476; BayObLG vom 13. 6. 1997, NVwZ 1998, 104; vgl. auch BVerwG vom 4. 7. 1996 – 11 B 23.96 –, NJW 1997, 406; – 11 B 24.96 –, NJW 1997, 408. Zur steuerlichen Behandlung von Kosten für Scientology-Kurse FG Hamburg vom 4. 10. 1995, NVwZ 1998, 107. Die Mitgliedschaft in der Scientology-Gemeinschaft stellt einen außerordentlichen Kündigungsgrund nach § 626 BGB dar; so LAG Berlin – 13 Sa 19/97 – zit nach NJW H. 41 S. XLVI.

<sup>96</sup> NJW 1997 H. 19, S. XXXIX.

<sup>97</sup> Zur Genese des Grundrechts: *H. Kreuzberg / V. Wahrendorf*, Grundrecht auf Asyl – Materialien zur Entstehungsgeschichte, 2. Aufl., 1992.

<sup>98</sup> Gesetz vom 28. 6. 1993 (BGBl. I S. 1002).

<sup>99</sup> Das verhindert nicht, daß die gegenläufige Propagandamaschine beständig geölt wird; vgl. nur *B. Höfling-Semnar*, Flucht und deutsche Asylpolitik. Von der Krise des Asylrechts zur Perfektionierung der Zugangsverhinderung, 1995; Festung Europa auf der Anklagebank. Dokumentation des Basso-Tribunales zum Asylrecht in Europa, 1995.

<sup>100</sup> AsylVfV i.d.F. der Bek. vom 27. 7. 1993 (BGBl. I S. 1361).

sicher ist (§ 29 AsylVfG). Offensichtlich unbegründet ist ein Antrag, wenn der Antragsteller aus einem sicheren Herkunftsstaat stammt (§ 29 a AsylVfG) oder offensichtlich keine Asylgründe vorliegen, insbesondere der Ausländer sich nur aus wirtschaftlichen Gründen oder um einer allgemeinen Notsituation oder kriegerischen Auseinandersetzungen zu entgehen, in der Bundesrepublik aufhält. Wird ein Asylantrag abgelehnt, bedeutet das nicht automatisch, daß der Antragsteller ins Ausland abgeschoben werden müßte. Vielmehr können Abschiebungshindernisse nach den §§ 51 ff. AuslG bestehen. Möglich ist auch eine Aussetzung der Abschiebung (§§ 54 f. AuslG.). Unter diesen Umständen besteht kein Ansatz für ein „Kirchenasyl“. Kirchengemeinden, die gleichwohl meinen, generell oder im Einzelfall „Asyl“ gewähren zu müssen, leisten zivilen Ungehorsam<sup>101</sup>. Gegen solchen Ungehorsam muß der Staat sich ebenso zur Wehr setzen wie gegen verfassungsfeindliche Umtriebe von Sekten<sup>102</sup>. Das Kirchenasyl ist ein durch nichts zu rechtfertigender Anachronismus.

### C. Schlußbetrachtung

Deutschland ist zugleich ein pluralistischer und wertegebundener Staat. Es ist Kulturstaat auch in dem Sinn, daß durch überkommene kulturelle Wertvorstellungen, die in das Grundgesetz und die Verfassungen der Länder eingeflossen sind, Identität des Staatsvolks erzielt wird. Gegenüber fremden Kulturen ist der deutsche Staat, preußischer Tradition folgend, tolerant. Der multikulturelle „Staat“, der kein Staatsvolk kennt, sondern nur eine beliebige Ansammlung von Menschen auf demselben Territorium, ist kein Staat. Toleranz setzt aber den Staat voraus. Dies gilt bereits für die nur passiv verstandene Toleranz. Erst recht bedingen sich aktive Toleranz und streitbare Demokratie wechselseitig. Ein Staat, der alles duldet und erduldet, ist nicht tolerant, sondern wird zur Spielwiese intoleranter Bestrebungen. Permissivität und richtig verstandene Toleranz schließen sich aus.

<sup>101</sup> So auch in aller Offenheit *W.-D. Just* (Hrsg.), Asyl von unten. Kirchenasyl und ziviler Ungehorsam. Ein Ratgeber (!), 1993. Allgemein *K. Remele*, Ziviler Ungehorsam. Eine Untersuchung aus der Sicht christlicher Sozialethik, 1992. Zum Kirchenasyl ferner *Pax Christi*. Deutsches Sekretariat (Hrsg.), Auflehnung gegen Unmenschlichkeit: Kirchenasyl – Ursachen, Motive, Perspektiven, 1995; *H.-J. Guth / M. Rappenecker* (Hrsg.), Kirchenasyl: Probleme – Konzeption – Erfahrungen, 1996; *P. Demand*, Kirchenasyl – Rechtsinstitut oder Protestform?, 1996; *E.-J. Nagel*, Flüchtlinge und „Kirchenasyl“, 1995; *Geis*, Kirchenasyl im demokratischen Rechtsstaat, JZ 1997, 60 ff.; *Rothkegel*, Kirchenasyl – Wesen und rechtlicher Standort, ZAR 1997, 121 ff.; *L. Renck*, Bekenntnisfreiheit und Kirchenasyl, NJW 1997, 2089 ff.

<sup>102</sup> Eine staatliche Teilkapitulation stellen Clearing-Verfahren dar. Vgl. aber z.B. Rundschreiben des Ministeriums des Innern und für Sport des Landes Rheinland-Pfalz vom 11. 3. 1997 an die zuständigen Ausländerbehörden, Az. 316/19406–3. Zutreffend dagegen Beschluß des Petitionsausschusses des Nordrhein-Westfälischen Landtages vom 10. 12. 1996 (12/04882), in NVwZ 1997, 257.

<i>Albert Stein †</i> Bemerkungen zum Recht und zur praktischen Bedeutung des Predighelferamtes in der Evangelischen Kirche im Rheinland .....	295
<i>Gerhard Tröger</i> Neue Gestaltungsformen im Dienstrecht der Pfarrer. Versuch einer kritischen Bewertung .....	307

### III. Staatskirchenrecht

<i>Werner Heun</i> Die Trennung von Kirche und Staat in den Vereinigten Staaten von Amerika .....	341
<i>Karl-Hermann Kästner</i> Religiös akzentuierte Kleidung des Lehrpersonals staatlicher Schulen. Verfassungsrechtliche Erwägungen zum Wunsch einer Muslimin, den Dienst als Lehrerin an öffentlichen Schulen des Landes Baden-Württemberg aus religiösen Gründen ausschließlich mit Kopftuch zu versehen .....	359
<i>Ferdinand Kirchhof</i> Verwerfungen der Kirchenzuschlagsteuern wegen des Maßstabs der Einkommensteuer .....	373
<i>Walter Leisner</i> Lex Veritatis. Die Kategorie „Wahrheit“ – kirchliches Erbe für den demokratischen Staat .....	385
<i>Peter Lerche</i> Passionsspiel und Verfassung .....	399
<i>Gerhard Robbers</i> Sinn und Zweck des Körperschaftsstatus im Staatskirchenrecht .....	411
<i>Michael Ronellenfusch</i> Aktive Toleranz in der streitbaren Demokratie .....	427
<i>Wolfgang Riefner</i> Die institutionelle Garantie der Sonn- und Feiertage .....	447
<i>Hermann Weber</i> Neue Staatskirchenverträge mit der Katholischen Kirche in den neuen Bundesländern .....	463

### IV. Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte

<i>Gerhard Dilcher</i> Geistliches und Weltliches an der Wiege des europäischen Städtewesens .....	497
<i>Wolfgang Ernst</i> „In connexis debet esse paritas“. Die Ausbildung des vertragsrechtlichen Paritätsgedankens in der Lehre von Legisten und Kanonisten des 12. bis 14. Jahrhunderts am Beispiel der <i>exceptio non adimpleti contractus</i> .....	513
<i>Hans Hattenbauer</i> Semper Augustus. Zur Rechtsgeschichte des Kaisertitels .....	535
<i>Hasso Hofmann</i> Gerechtigkeitsphilosophie aus Unrechtserfahrung. Zum Gerechtigkeitsinn der Arbeiter im Weinberg <sup>547</sup> .....	
<i>Bernd Mathias Kremer</i> Der Westfälische Friede und die staatsphilosophisch-politischen Toleranzbestrebungen im 18. Jahrhundert .....	563
<i>Eduard Picker</i> Robert v. Mohl und die „Arbeiterfrage“. Eine ideengeschichtliche Skizze .....	589
<i>Jan Schröder</i> Auslegung von Ausnahmegesetzen in der frühen Neuzeit .....	615

Freie Universität Berlin, FB Rechtswissenschaft  
Van't-Hoff-Str.8, 14195 Berlin

Hessischer Landtag  
Der Vorsitzende des  
Kulturpolitischen Ausschusses  
Herr Quanz  
z.Hd. Frau Öftring  
Postfach 3240  
65022 Wiesbaden  
Per E-Mail: m.oeftring@ltg.hessen.de

**Fachbereich Rechtswissenschaft  
Professur für Öffentliches Recht  
und die Internationalisierung der  
Rechtsordnung**

Univ.-Prof. Dr. Helmut Aust  
Van't-Hoff-Str. 8  
14195 Berlin

**Telefon** +49 30 838-61731

**Mail2Fax** +49 30 838-450429

**E-Mail** [helmut.aust@fu-berlin.de](mailto:helmut.aust@fu-berlin.de)

[sekretariat.aust@rewiss.fu-berlin.de](mailto:sekretariat.aust@rewiss.fu-berlin.de)

[www.jura.fu-berlin.de](http://www.jura.fu-berlin.de)

**Internet**  
**Bearb.-Zeichen**  
**Bearbeiter/in**

13.04.2018

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur Änderung des  
Hessischen Schulgesetzes – Drucks. 19/5955 –**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

anbei übermittle ich Ihnen meine Stellungnahme zu dem oben bezeichneten Gesetzentwurf.

Mit freundlichen Grüßen



Univ.-Prof. Dr. Helmut Aust

**Stellungnahme zum dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur  
Änderung des Hessischen Schulgesetzes (Drucks. 19/5955 vom 23.01.2018)**

Univ.-Prof. Dr. Helmut Philipp Aust  
Freie Universität Berlin  
Fachbereich Rechtswissenschaft

Berlin, den 13. April 2018

**A. Einleitung und Hintergrund dieses Gutachtens**

Ich wurde gebeten, zu dem Gesetzentwurf der FDP-Fraktion für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Schulgesetzes (Drucks. 19/5955 vom 23.01.2018) aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive Stellung zu nehmen.

Nach diesem Gesetzentwurf soll § 69 des Hessischen Schulgesetzes (HSchG) durch die Aufnahme eines neuen Absatzes 5 geändert werden, der wie folgt lauten soll:

„Die Schülerinnen und Schüler dürfen durch ihr Verhalten oder ihre Kleidung die Kommunikation mit den Beteiligten des Schullebens nicht in besonderer Weise erschweren. Dies gilt nicht, wenn einzelne Tätigkeiten oder besondere gesundheitliche Gründe eine Ausnahme erfordern.“

Dieser Gesetzentwurf steht vor dem Hintergrund einer in Hessen und in anderen Bundesländern schon länger geführten Diskussion um die Möglichkeit, eine Vollverschleierung durch Tragen einer Burka oder eines Niqab im Schulunterricht zu untersagen.

Es geht im Folgenden *nicht* um das Tragen religiös motivierter Kleidung durch staatliches Lehrpersonal, sondern durch die Schülerinnen und Schüler. Es geht ebenfalls *nicht* um ein verfassungsrechtlich höchst bedenkliches Verbot des Tragens jeglicher Form von Kopftüchern durch Kinder unter 14 Jahren in der Schule, wie es jüngst ebenfalls Gegenstand der politischen Diskussion geworden ist.

Dieses Gutachten äußert sich ferner nicht zur rechtspolitischen Wünschbarkeit der angestrebten gesetzlichen Regelung, etwa im Hinblick darauf, ob es sich bei der Vollverschleierung in der Schule um ein hinreichend dringliches und aktuell vorhandenes gesellschaftliches Problem handelt, welches eine gesetzliche Regelung erstrebenswert macht.

Untersucht wird vielmehr nur, ob ein Verbot der Teilnahme am Unterricht im Zustand der Vollverschleierung einer gesetzlichen Grundlage bedarf und ob eine solche gesetzliche Regelung wiederum verfassungsrechtlich zulässig ist.

## **B. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse**

Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Das Verbot der Vollverschleierung im Schulunterricht ist nur auf Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung möglich, da es in den Schutzbereich der von Art. 4 Abs. 1, 2 GG gewährleisteten Religionsfreiheit fallen kann.
2. Die Religionsfreiheit kann auf der Grundlage kollidierenden Verfassungsrechts eingeschränkt werden. Konkret kann hier der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG herangezogen werden.
3. Der Gesetzgeber ist dazu aufgerufen, zwischen diesen beiden verfassungsrechtlichen Rechtsgütern einen Zustand der praktischen Konkordanz herzustellen.
4. § 69 Abs. 4 S. 2 HSchG stellt eine taugliche gesetzliche Grundlage für die Untersagung der Vollverschleierung im Schulunterricht dar.
5. Auf den Erlass vom 2. November 2011 kommt es insofern nicht an, dieser fasst nur für die Verwaltung die geltende Rechtslage zusammen.
6. Dem Gesetzgeber ist es darüber hinaus unbenommen, eine Spezialregelung in das Hessische Schulgesetz aufzunehmen, wie sie im hier gegenständlichen Gesetzentwurf vorgeschlagen wird.

7. Sowohl Verbote der Vollverschleierung auf der Grundlage der bisherigen Gesetzeslage als auch nach dem Inkrafttreten eines etwaigen neuen Gesetzes müssen sich auch darüber hinaus als verfassungskonform erweisen. Die Standards für die Herstellung praktischer Konkordanz können dabei nach dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ermittelt werden.
8. Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung zur Vollverschleierung im öffentlichen Raum darauf abgestellt, dass eine Beschränkung der Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention sich auf das legitime Ziel stützen kann, die Grundlagen des Zusammenlebens in einer Gesellschaft zu schützen.
9. Diese Kategorie des Zusammenlebens deckt sich weitgehend mit dem Argument, wonach der staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG nur in einem Zustand offener Kommunikation zwischen Lehrkräften und den Schülerinnen und Schülern verwirklicht werden kann.
10. Einer konkreten Gefahr für den Schulfrieden bedarf es nicht, um das Tragen eines vollverschleiernden Kleidungsstückes zu verbieten. Ausreichend ist die abstrakte Gefährdung der Erreichung der Unterrichts- und Bildungsziele.

## **C. Stellungnahme im Einzelnen**

### *I. Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage*

Soll eine Vollverschleierung von Schülerinnen im Unterricht verboten werden, stellt sich zunächst die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage.

#### *1. Hintergrund des Gesetzentwurfs*

Anliegen des hier gegenständlichen Gesetzentwurfs ist es, die Pflicht zu verankern, „dass Schülerinnen und Schüler durch ihr Verhalten oder ihre Kleidung die Kommunikation mit den Beteiligten des Schullebens nicht in besonderer Weise erschweren dürfen.“ Ausweichlich der Plenardebatte des Hessischen Landtags vom 31. Januar 2018 (19. Wahlperiode, 127. Sitzung)

geht die den Gesetzentwurf einbringende FDP-Landtagsfraktion davon aus, dass es darum gehe, Grundrechtseingriffe ohne gesetzliche Grundlage zu vermeiden. Die Einschränkung eines Grundrechts bedürfe einer parlamentarischen Grundlage. Der Erlass des Kultusministeriums vom 21. November 2012 reiche dafür nicht aus.

## *2. Grundrechtsrelevanz: Allgemeine Handlungsfreiheit und Religionsfreiheit*

### *a) Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage*

Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für ein Bekleidungsverbot in der Schule ergibt sich aus der sog. Wesentlichkeitslehre.<sup>1</sup> Danach hat der Gesetzgeber alle für die Ausübung der Grundrechte relevanten Fragen selbst zu regeln und darf sie nicht der Verwaltung überlassen. Das gilt auch für den schulischen Bereich, in dem sich Grundrechtsfragen für die Schülerinnen und Schüler in ganz besonderem Maße stellen. Für die Annahme eines grundrechtsfreien „besonderen Gewaltverhältnisses“ ist hier kein Raum.<sup>2</sup>

Das Tragen eines Niqab oder einer Burka hat Grundrechtsrelevanz.<sup>3</sup> Die Wahl der eigenen Kleidung ist jedenfalls eine Ausübung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Darüber hinaus kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie auch unter die Religions- und Glaubensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG fällt.

### *b) Schutzbereich der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG*

Die Religionsfreiheit schützt nicht nur die innere Freiheit, religiöse Überzeugungen zu haben, sondern auch die äußere Freiheit, diese Überzeugungen zu bekennen und zu verbreiten, mit anderen Worten die eigene Lebensführung nach ihnen auszurichten.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Allgemein zur Wesentlichkeitslehre BVerfGE 77, 170/230 f.; 136, 69/Rn. 102 – ständige Rspr.; Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 14. Aufl., 2017, Art. 20, Rn. 73; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaatsprinzip), Rn. 113 ff.

<sup>2</sup> Thiel, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 7, Rn. 18.

<sup>3</sup> Beaucamp/Beaucamp, DÖV 2015, 174 (175).

<sup>4</sup> BVerfGE 138, 296/329 – ständige Rspr.; BVerwG NVwZ 2014, 81.

Ob das Tragen eines Niqab, einer Burka oder einer anderen Form der Vollverschleierung dabei Ausdruck der Religionsfreiheit ist, ist umstritten.<sup>5</sup> Schon im Ausgangspunkt besteht keine Einigkeit, ob das Tragen eines bestimmten Kleidungsstückes nur dann in den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1, 2 GG fällt, wenn es durch ein verbindliches religiöses Gebot verlangt wird oder ob es auch ausreicht, dass eine bestimmte Glaubensrichtung eine diesbezügliche Empfehlung ausspricht.<sup>6</sup> Es kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Personen der Auffassung sind, durch ihr Bekenntnis zur Vollverschleierung angehalten zu werden. Insofern soll hier unterstellt werden, dass das Tragen eines vollverschleiernden Kleidungsstückes jedenfalls Ausdruck der Religionsfreiheit sein kann.<sup>7</sup>

In dieser Hinsicht ist es auch unschädlich, wenn nur eine Minderheit einer Glaubensgemeinschaft von einer entsprechenden Regel ausgeht.<sup>8</sup> Letztlich können Gestalt und Inhalt der Religionsfreiheit nicht objektiv bestimmt werden, sondern müssen im Lichte des Selbstverständnis des Grundrechtsträgers definiert werden,<sup>9</sup> was nicht ausschließt, allgemeine und formale Kriterien dafür aufzustellen, ob sich eine Gemeinschaft und ihre Angehörigen zurecht auf den Religionsstatus beruft.<sup>10</sup>

Im Ergebnis ist jedenfalls der Schutzbereich der Religions- und Glaubensfreiheit eröffnet.

### 3. Eingriff

Ein Verbot, ein vollverschleierndes Kleidungsstück im Schulunterricht zu tragen stellt einen Eingriff in den so verstandenen Schutzbereich der Religionsfreiheit dar.

<sup>5</sup> Siehe etwa *Kokott*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 4, Rn. 73a; *Beaucamp/Beaucamp*, DÖV 2015, 174 (175).

<sup>6</sup> *Möllers*, VVDStRL 68 (2009), 47 (76); für die Auffassung, dass der Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1, 2 GG nur bei imperativen religiösen Geboten eröffnet sei BVerwG NVwZ 2014, 81/84.

<sup>7</sup> So auch *Kokott*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 4, Rn. 73a; *Beaucamp/Beaucamp*, DÖV 2015, 174 (175).

<sup>8</sup> Vgl., *mutatis mutandis*, zu Art. 9 EMRK EGMR (GK) NJW 2014, 2925 (2928, Rn. 108) – S.A.S./Frankreich; vgl. auch *Möllers*, VVDStRL 68 (2009), 47 (74): Mehrheit und Minderheit seien ohnehin keine grundrechtsdogmatischen Kriterien; siehe allerdings auch UK House of Lords, R (on the application of Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School, [2006] UKHL 15, [2006] 2 WLR 719, Lord Bingham of Cornhill, Rn. 33 f. für die Rolle die “mainstream Muslim opinion” für die Ausgestaltung von Kleidungs Vorschriften im Rahmen von Art. 9 EMRK spielen kann.

<sup>9</sup> *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., 2015, Art. 4, Rn. 60.

<sup>10</sup> *Dreier*, Staat ohne Gott – Religion in der säkularen Moderne, 2018, S. 122 f.

#### *4. Möglichkeit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dieses Eingriffs*

Die Religionsfreiheit ist in Art. 4 Abs. 1, 2 GG schrankenlos gewährt. Dies bedeutet aber nicht, dass sie nicht eingeschränkt werden kann. Einschränkungen sind auf der Grundlage kollidierenden Verfassungsrechts möglich.<sup>11</sup> Als solches kollidierende Verfassungsrecht kommt der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag nach Art. 7 Abs. 1 GG in Betracht.<sup>12</sup> Um die kollidierenden Verfassungsgüter in einen möglichst schonenden Ausgleich zu bringen, ist der Gesetzgeber gefordert.

##### *a) Existenz einer gesetzlichen Grundlage im bereits geltenden hessischen Landesrecht*

Daran schließt sich die Frage an, ob es im hessischen Landesrecht bereits zum jetzigen Zeitpunkt eine ausreichende gesetzliche Grundlage gibt, um das Tragen einer Vollverschleierung im Schulunterricht zu untersagen.

Eine solche Grundlage könnte sich aus § 69 Abs. 4 S. 2 HSchG ergeben. Danach haben die Schülerinnen und Schüler die

„Weisungen der Lehrkräfte und des Personals, das Betreuungsangebote oder ganztägige Angebote durchführt, zu befolgen, die dazu bestimmt sind, das Bildungs- und Erziehungsziel der Schule zu erreichen und die Ordnung in der Schule aufrecht zu erhalten.“

Ein Verbot der Vollverschleierung wird in dieser Bestimmung nicht explizit angesprochen. Es ist jedoch durchaus vertretbar, diese Norm als gesetzliche Ermächtigung zu verstehen, welche es auch ermöglichen würde, Schülerinnen und Schüler das Tragen eines vollverschleiernden Kleidungsstückes im Schulunterricht zu sagen.

Die Bildungs- und Erziehungsziele der Schule sowie ihre Verwirklichung sind in §§ 2, 3 HSchG normiert. Beide Vorschriften sind zudem in Lichte von Art. 56 der Hessischen Landesverfassung zu lesen. Aus der Gesamtschau dieser Bestimmungen lässt sich das Ziel

---

<sup>11</sup> Jarass/Piero, GG-Kommentar, 14. Aufl., 2016, Art. 4, Rn. 28; Morlok, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., 2015, Art. 4, Rn. 127; BVerwG NVwZ 2014, 81.

<sup>12</sup> BVerwG NVwZ 2014, 81.

herauslesen, dass die Schülerinnen und Schüler zu staatsbürgerlicher Verantwortung erzogen werden sollen und durch ihr individuelles Handeln und das Zusammenwirken mit anderen zur demokratischen Gestaltung des Staates in einer freien Gesellschaft beitragen sollen. Die Schule ist dabei so zu gestalten, dass die gemeinsame Erziehung und das *gemeinsame Lernen* aller Schülerinnen und Schüler in einem hohen Maße verwirklicht werden.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die Rechtslage in Bayern vor dem Inkrafttreten des Gesetzes über Verbote der Vollverschleierung im Juli 2017 hinzuweisen. Das bayerische Landesrecht enthielt in Art. 56 Abs. 4 BayEUG eine dem § 69 Abs. HSchG vergleichbare Regelung, welche die Schülerinnen und Schüler verpflichtete, sich so zu verhalten, dass „die Aufgabe der Schule erfüllt und das Bildungsziel erreicht werden kann“. Vom VGH München ist diese Norm als hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für ein Verbot der Vollverschleierung in einer Abendschule angesehen worden.<sup>13</sup>

Auch in der Gesetzesbegründung für das 2017 eingebrachte, angenommene und in Kraft getretene Gesetz über Verbote der Vollverschleierung nahm die bayerische Staatsregierung dahingehend Stellung, dass die Änderung des Art. 56 Abs. 4 BayEUG im Hinblick auf die Vollverschleierung nur eine klarstellende Funktion habe.<sup>14</sup>

Insofern unterscheidet sich die hessische Rechtslage von der früheren Rechtslage in Niedersachsen<sup>15</sup>, wo das Niedersächsische Schulgesetz keine dementsprechende, die Schüler auf ein Verhalten im Sinne des Erreichens der Bildungsziele abstellende Norm enthielt, was Grundlage des Gutachtens des Kollegen *Wißmann* war und maßgeblich zu der sodann beschlossenen Änderung der Rechtslage in Niedersachsen geführt hat.<sup>16</sup>

§ 69 Abs. 4 S. 2 HSchG stellt mithin schon in seiner derzeitigen Fassung eine grundsätzlich taugliche gesetzliche Grundlage für das Verbot einer Vollverschleierung im Einzelfall dar.

---

<sup>13</sup> VGH München NVwZ 2014, 1109 (1110).

<sup>14</sup> Entwurf über ein Gesetz über Verbote der Gesichtsverhüllung in Bayern, S. 16, abrufbar unter [https://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/ser/gesetzentwuerfe/gesetzentwurf\\_%C3%BCber\\_verbote\\_der\\_gesichtsv erh%C3%BCllung\\_in\\_bayern.pdf](https://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/ser/gesetzentwuerfe/gesetzentwurf_%C3%BCber_verbote_der_gesichtsv erh%C3%BCllung_in_bayern.pdf) (zuletzt aufgerufen am 8. April 2018).

<sup>15</sup> Siehe auch VG Osnabrück BeckRS 2016, 50262 mit entsprechenden Ausführungen zum Vergleich der damaligen Rechtslage in Niedersachsen und Bayern.

<sup>16</sup> *Wißmann*, Verfassungsrechtliches Gutachten zum Verbot gesichtsbedeckender Verschleierung in der Schule, im Auftrag der niedersächsischen Landesregierung, vertreten durch die Staatskanzlei, Münster, 12. April 2017.

Weiter stellt sich die Frage, ob diese Norm deshalb nicht mehr hinreichend bestimmt sein könnte, weil sie einen allgemeinen, generalklauselartigen Charakter hat und für ein neues, vermehrt auftretendes soziales Phänomen nicht mehr geeignet sein könnte. Diese Diskussion ist aus dem Polizei- und Ordnungsrecht bekannt, wo sie im Hinblick auf die Eignung der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel geführt wird.<sup>17</sup> Gleichwohl stellt sich im vorliegenden Kontext sehr deutlich die Frage, ob das Problem der Vollverschleierung an hessischen Schulen ein solches Ausmaß angenommen hat, dass es einer speziellen gesetzlichen Regelung bedarf, um ein Eingreifen der staatlichen Stellen zu rechtfertigen. Dafür liegen dem Verfasser dieses Gutachtens keine Hinweise vor, auch nicht im Lichte der Plenardebatte über den Gesetzentwurf, bei dem keiner der Redner eine entsprechende Entwicklung mit Zahlen belegen konnte. Vielmehr scheint es sich bisher um ein zahlenmäßig eng umgrenztes Problem zu handeln, welches auch mit einer generalklauselartigen Vorschrift geregelt werden kann.<sup>18</sup>

*b) Möglichkeit der Konkretisierung und Spezifizierung der Rechtslage durch Aufnahme einer Spezialvorschrift*

Dies bedeutet aus verfassungsrechtlicher Sicht wiederum nicht, dass es dem Gesetzgeber nicht freistünde, auch zahlenmäßig noch nicht besonders ausgeprägte gesellschaftliche Phänomene mit Spezialnormen zu regeln. Es kann sogar als genuine Aufgabe des Gesetzgebers angesehen werden, in die Zukunft gerichtet tätig zu werden und „vorausschauend gesetzliche Instrumentarien zu schaffen, um sich abzeichnende Konflikte einer Lösung zuzuführen und politische Spielräume zu nutzen.“<sup>19</sup> Eine Handlungspflicht des Gesetzgebers ergibt sich hieraus natürlich nicht. Der Gesetzgeber ist in seiner politischen Bewertung der sozialen und gesellschaftlichen Entwicklung frei, ob er ein neues soziales Phänomen mit Hilfe allgemeiner Normen als ausreichend reguliert ansieht oder dieses zum Gegenstand einer Spezialvorschrift machen möchte.

*II. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für das Verbot der Vollverschleierung im Schulunterricht*

<sup>17</sup> Vgl. dazu etwa BVerwG NVwZ 2002, 598 (601).

<sup>18</sup> A.A. *Beaucamp/Beaucamp*, DÖV 2015, 174 (176), allerdings mit Bezug auf Kopftuch und Burka; dazu auch BGer. (Schweiz), BeckRS 2013, 82278, Gliederungspunkt 5.1. mit Hinweisen zur Rechtslage in der Schweiz.

<sup>19</sup> *Greve/Kortländer/Schwarz*, NVwZ 2017, 992 (993).

Ein Verbot der Vollverschleierung im Unterricht – sei es auf der Grundlage der existierenden Fassung des HSchG oder auf Grundlage des Gesetzentwurfs – muss sodann aber auch weiteren verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

*1. Übertragbarkeit der Maßstäbe aus der Kopftuch-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?*

Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob die Maßstäbe aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Tragen von Kopftüchern im öffentlichen Dienst auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden können.<sup>20</sup> Bekanntlich wägt das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zwischen der positiven Religionsfreiheit der Trägerin eines Kopftuchs auf der einen Seite und der negativen Religionsfreiheit anderer Betroffener ab. Die negative Religionsfreiheit ist hier dadurch betroffen, dass etwa in der Schule Schülerinnen und Schüler nicht in eine vom Staat geschaffene Lage gezwungen werden dürfen, in denen sie ohne Ausweichmöglichkeiten dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen dieser sich manifestiert und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt werden.<sup>21</sup> In einer solch unausweichlichen Situation *können* sich die Schülerinnen und Schüler befinden, wenn sie mit einer Lehrkraft konfrontiert sind, die ein islamisches Kopftuch trägt.<sup>22</sup> Zudem wirkt sich hier der Grundsatz der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates aus, der es verhindern soll, dass sich der Staat in seinem Auftreten gegenüber den Schülerinnen und Schülern die Lehren und Gebote einer Religion zu Eigen macht.

Diese Überlegungen greifen naturgemäß *nicht*, wenn es darum geht, den Schülerinnen und Schülern das Tragen eines religiös motivierten Kleidungsstücks zu verbieten.<sup>23</sup> Erscheint ein Kind mit einem vollverschleiernden Kleidungsstück im Schulunterricht macht sich der Staat dies nicht zu Eigen. Das BVerfG betont dementsprechend auch in seiner Rechtsprechung, dass die Einzelnen in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt,

<sup>20</sup> BVerfGE 108, 282; 138, 296; BVerfG (K) NVwZ 2017, 549; BVerfG (K) NVwZ 2017, 1128.

<sup>21</sup> BVerfGE 93, 1/15 f.; 138, 296/336.

<sup>22</sup> BVerfGE 138, 296/336.

<sup>23</sup> *Beaucamp/Beaucamp*, DÖV 2015, 174 (179).

kein Recht darauf haben, „von der Konfrontation mit ihnen fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben.“<sup>24</sup>

## *2. Der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag als kollidierendes Verfassungsrecht*

Insofern braucht es andere kollidierende verfassungsrechtliche Güter, um den mit einem Verbot der Vollverschleierung im Schulleben verbundenen Eingriff in Art. 4 Abs. 1, 2 GG rechtfertigen zu können.

### *a) Grundsatz offener Kommunikation als Ausdruck des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags?*

Hier kommt der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG, Art. 56 Abs. 1, 4 HessLV in Betracht. Mit der in Art. 7 Abs. 1 GG angesprochenen staatlichen Schulaufsicht gehen umfassende Befugnisse zur Organisation, Leitung und Planung des Schulwesens einher, auch was die Inhalte des Schulunterrichts anbelangt.<sup>25</sup> Auf der Ebene des hessischen Landesverfassungsrechts kommt dies deutlich in Art. 56 Abs. 4 HessLV zum Ausdruck, wonach es das Ziel der Erziehung ist,

„den jungen Menschen zur sittlichen Persönlichkeit zu bilden, seine berufliche Tüchtigkeit und die politische Verantwortung vorzubereiten zum selbständigen und verantwortlichen Dienst am Volk und der Menschheit durch Ehrfurcht und Nächstenliebe, Achtung und Duldsamkeit, Rechtlichkeit und Wahrhaftigkeit.“

Der Begriff der Aufsicht in Art. 7 Abs. 1 GG, Art. 56 Abs. 1 S. 3 HessLV erstreckt sich hier nicht, wie zumeist üblich, nur auf die Kontrolle des Handelns anderer öffentlicher Einrichtungen, sondern wird als „Aufsicht im weiteren Sinn“ als legislative Lenkungs- und exekutive Vollzugstätigkeit verstanden.<sup>26</sup> Neben der Befugnis, den Inhalt des Unterrichts festzulegen umfasst Art. 7 Abs. 1 GG auch die Befugnis, die äußeren Modalitäten und die Durchführung des Unterrichts zu bestimmen.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> BVerfGE 138, 296/336.

<sup>25</sup> BVerfGE 26, 228/238; 34, 165/182; 93, 1/21.

<sup>26</sup> Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., 2015, Art. 7, Rn. 44.

<sup>27</sup> BVerwG NVwZ 2014, 81.

Zentrales Anliegen des vorliegenden Gesetzentwurfs ist es, dass durch die Wahl der Kleidung nicht die Kommunikation mit den Beteiligten des Schullebens unmöglich gemacht werden soll. Kommunikation zwischen Schülerinnen und Schülern sowie mit den Lehrkräften setze voraus, dass die Körpersprache erfasst werden könne, insbesondere die Gesichtsmimik. Diese Überlegungen haben auch bereits in der Rechtsprechung eine Stütze gefunden. Ein Grundsatz offener Kommunikation prägt danach das heutige Schulwesen:

„Die offene Kommunikation beruht nicht nur auf dem gesprochenen Wort, sondern ist auch auf nonverbale Elemente angewiesen, wie Mimik, Gestik und die übrige so genannte Körpersprache, die zum großen Teil unbewusst ausgedrückt und wahrgenommen werden. Fehlen diese Kommunikationselemente, ist die offene Kommunikation als schulisches Funktionserfordernis gestört.“<sup>28</sup>

Dem staatlichen Schulwesen kommt dabei eine grundlegende Bedeutung für die „Entfaltung der Lebenschancen der nachwachsenden Generation und für den Zusammenhalt der Gesellschaft“ zu.<sup>29</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Rolle in seiner Entscheidung zur Befreiung vom koedukativen Schwimmunterricht wie folgt zusammengefasst. Die Schule solle

„... unter den von ihr vorgefundenen Bedingungen einer pluralistisch und individualistisch geprägten Gesellschaft dazu beitragen, die Einzelnen zu dem Ganzen gegenüber verantwortungsbewussten ‚Bürgern‘ heranzubilden und hierüber eine für das Gemeinwesen unerlässliche Integrationsfunktion erfüllen.“<sup>30</sup>

Diese Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts entsprechen inhaltlich dem Bildungs- und Erziehungsgedanken, wie er in Art. 56 Abs. 4 HessLV zum Ausdruck kommt.

Es erscheint in diesem Sinne als vertretbar, den staatlichen Bildungsauftrag als kollidierendes Verfassungsrecht für die Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 4 Abs. 1, 2 GG heranzuziehen.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> VGH München NVwZ 2014, 1109.

<sup>29</sup> BVerwG NVwZ 2014, 81/82.

<sup>30</sup> BVerwG NVwZ 2014, 81/82.

<sup>31</sup> So auch *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., 2015, Art. 7, Rn. 69; *Morlok*, ebd., Art. 4, Rn. 78; *Kokott*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 4, Rn. 75; *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, 14. Aufl., 2016, Art. 4, Rn. 35.

Gleichwohl sind gegen diese Auffassung auch gewichtige Gegenargumente vorgetragen worden. So heißt es in der Literatur, dass jeder aus seiner Schulzeit Sonderlinge kenne, die sich der Kommunikation mit Mitschülern und Lehrern entzogen hätten. Sollten diese auch vom Unterricht ausgeschlossen werden? Und aus Art. 7 Abs. 1 GG ließe sich keine Präferenz für ein bestimmtes Schul- und Unterrichtskonzept ableiten.<sup>32</sup>

*b) Auslegung des Art. 7 Abs. 1 GG im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum „Zusammenleben“ in einer Gesellschaft*

Der Grundsatz offener Kommunikation lässt sich aber m.E. unter Rückgriff auf die – freilich ebenfalls nicht unumstrittene – Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) abstützen.<sup>33</sup>

Nach dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, der aus einer Gesamtschau verschiedener Bestimmungen des GG abgeleitet wird (Präambel, Art. 1 Abs. 2, 9 Abs. 2, 23-26, 59 Abs. 2 GG)<sup>34</sup> können die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) im methodisch vertretbaren Rahmen auch zur Auslegung der Grundrechte des GG herangezogen werden (ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).<sup>35</sup>

Der Straßburger Gerichtshof hatte bereits in zwei Verfahren Gelegenheit, sich mit der Zulässigkeit von Verboten der Vollverschleierung auseinanderzusetzen. Relevant sind hier Ausführungen aus dem Urteil im Fall S.A.S. gegen Frankreich, in dem das allgemeine französische Vollverschleierungsverbot Gegenstand einer Überprüfung am Maßstab der Art. 8 und 9 EMRK (Schutz der Privatsphäre und Religionsfreiheit).<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> *Beaucamp/Beaucamp*, DÖV 2015, 174 (180).

<sup>33</sup> Zur Kritik an der dogmatischen Herleitung des Maßstabs des „vivre ensemble“ etwa *Leyli-Rödiger/Valentiner*, AVR 53 (2015), 360 (374).

<sup>34</sup> Dazu statt aller *Payandeh*, JöR N.F. 57 (2009), 465 ff.

<sup>35</sup> BVerfGE 111, 307; 128, 326.

<sup>36</sup> EGMR (GK) NJW 2014, 2925 – S.A.S./Frankreich; EGMR, Beschwerde-Nr. 37798/13, Urteil vom 11.7.2017 – Belcacemi und Oussar/Belgien (die Kammerentscheidung aus dem Jahr 2017 basiert auf den gleichen Standards wie der S.A.S.-Fall aus dem Jahr 2014).

Der Gerichtshof prüfte besonders intensiv, inwiefern sich die französische Regelung auf einen legitimen Grund zur Beschränkung der Rechte aus Art. 8 und 9 EMRK stützen konnte. Nach Art. 9 Abs. 2 EMRK dürfen Einschränkungen der Religionsfreiheit nur auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden und soweit sie in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. In diesem Zusammenhang prägte der EGMR die Formulierung vom „*vivre ensemble*“, die ein Verbot der Vollverschleierung zum Schutz der Rechte anderer ermöglichen könne. Wörtlich heißt es in dem Urteil:

„Die Barriere, die gegenüber anderen durch einen das Gesicht verbergenden Schleier errichtet wird, kann aber vom beklagten Staat als Angriff auf das Recht anderer verstanden werden, in einem sozialen Raum zu leben, der das Zusammenleben erleichtert.“<sup>37</sup>

Die „Dehnbarkeit“ des Begriffs des Zusammenlebens mache dann aber, so der EGMR, eine genaue Prüfung der Notwendigkeit der umstrittenen Einschränkung erforderlich. Die sodann folgenden Überlegungen des EGMR zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn lassen sich nur bedingt auf den hier gegenständlichen Fall übertragen. Der EGMR war mit einem allgemeinen Vollverschleierungsverbot befasst, welches weit über die Regelung eines Verbots der Vollverschleierung im Schulunterricht hinausgeht. Gerade im Hinblick auf das Unterrichtswesen hat der Gerichtshof auch schon vor der Entscheidung zum französischen Verbot der Vollverschleierung unterstrichen, dass den Vertragsparteien der EMRK ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt, wie weit sie das Tragen religiöser Symbole im Unterricht zulassen oder unterbinden möchten.<sup>38</sup> Im französischen Fall unterstrich der Gerichtshof zudem, dass es unter den Vertragsparteien der EMRK keinen Konsens gebe, wie mit der Vollverschleierung umzugehen sei. Dies stärkt nach der Dogmatik der Rechtsprechung des EGMR den Ermessensspielraum, den die Vertragsparteien in dieser Hinsicht haben.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> EGMR (GK) NJW 2014, 2925 (2929, Rn. 122) – S.A.S./Frankreich; in der verbindlichen französischen Fassung heißt es: „La Cour peut donc admettre que la clôture qu’oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l’État défendeur comme portant atteinte au droit d’autrui d’évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble.“; krit. dazu aber das gemeinsame Sondervotum der Richterinnen Nußberger und Jäderblom, ebd., NJW 2014, 2925 (2932 ff.).

<sup>38</sup> EGMR (GK) NVwZ 2006, 1389 – Lela Sahin/Türkei.

<sup>39</sup> Kritisch dazu wiederum die Richterinnen Nussberger und Jäderblom, EGMR (GK) NJW 2014, 2925, 2934, Rn. 19.

Auch wenn man der Entscheidung des EGMR mit guten Gründen kritisch gegenüber stehen mag, so lässt sich m.E. der Gedanke des Zusammenlebens dort fruchtbar machen, wo es auch wirklich um die Interaktion zwischen Menschen ankommt. Für den allgemeinen öffentlichen Bereich wird man dies nicht fordern können. Es gibt keine verfassungsrechtliche Pflicht, sich anderen gegenüber zu erkennen zu geben und etwa eine Kommunikationsbereitschaft zu signalisieren. Anders ist dies dann, wenn es, wie hier im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Schulverhältnisses, eine engere Beziehung zwischen unterschiedlichen Grundrechtsträgern auf der einen Seite und staatlichen Amtsträgern auf der anderen Seite gibt. Der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag kann in der Schule nur verwirklicht werden, wenn ein gegenseitiger Kommunikationsprozess gewährleistet ist. Andernfalls degeneriert Schule im besten Fall zur reinen Kompetenzvermittlungsanstalt, im ungünstigsten Fall zur Verwahranstalt.

### *3. Weitere Voraussetzungen für ein Verbot der Vollverschleierung im konkreten Einzelfall*

Ein im konkreten Einzelfall auszusprechendes Verbot, am Schulunterricht in einem Zustand der Vollverschleierung teilzunehmen muss sich darüber hinaus als verhältnismäßig erweisen. Nur bedingt können hier die Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts aus der „Kopftuch II“-Entscheidung übertragen werden, was sowohl an der unterschiedlichen Ausgangssituation (Regulierung des Verhaltens von staatlicherseits angestellten Lehrkräften) als auch die unterschiedlichen Dimensionen und Bedeutungsgehalte von Kopftuch und Vollverschleierung anbelangt.

Das BVerfG hat in seiner „Kopftuch II“-Entscheidung auf die Notwendigkeit einer konkreten Gefährdung des Schulfriedens abgestellt, welche gegeben sein müsste, bevor einer Lehrkraft das Tragen eines religiös motivierten Kopftuchs verboten würde.<sup>40</sup> Nimmt man das oben wiedergegebene Kommunikationsargument ernst, so ist kein Raum für die Notwendigkeit einer solchen konkreten Gefahr für den Schulfrieden, um das Tragen eines vollverschleiernenden Kleidungsstückes zu ermöglichen. Die nonverbale Kommunikation wird vielmehr durch die Vollverschleierung permanent und von vornherein unterbunden. Ein Verbot der Vollverschleierung ist insofern nicht an die Voraussetzung einer konkreten Gefährdung des

---

<sup>40</sup> BVerfGE 138, 296/342 f.

Schulfriedens zu knüpfen. Vielmehr würde ein solches Verbot präventiv der Ermöglichung offener Kommunikationsformen dienen.

An den Vorsitzenden des kulturpolitischen Ausschusses  
des hessischen Landtages  
Herrn Lothar Quanz  
Postfach 3240  
65022 Wiesbaden

*Vorab per Mail*

### **Stellungnahme Montessori-Landesverband Hessen**

#### **Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Schulgesetzes – Drucks. 19/5955**

Linsengericht, den 15. April 2018

Sehr geehrter Herr Quanz,  
sehr geehrte Damen und Herren,

der Hessische Montessori-Landesverband bedankt sich herzlich für die Möglichkeit zum o.g. Gesetzesentwurf zur Änderung des Hess. Schulgesetzes Stellung zu nehmen.

Mithilfe der Begründung verstehen wir die Gesetzesänderung so, dass für die Schulbeteiligten vor allem geklärt werden soll, ob eine Vollverschleierung in Schulen erlaubt ist oder nicht.

Grundsätzlich begrüßen wir Bemühungen, die für Klarheit im täglichen Miteinander von Schülerinnen und Schülern, Pädagoginnen und Pädagogen und Erziehungsberechtigten sorgen. Im Umgang mit einer Vollverschleierung kommt ein im Grundgesetz verbrieftes Recht (Artikel 4 des Grundgesetzes der Bundesrepublik zur Ausübung der Religionsfreiheit in Deutschland) in Konflikt mit der in Deutschland üblichen Form der menschlichen Begegnung von „Angesicht zu Angesicht“. Der Gesetzesentwurf sieht vor, ein – in der öffentlichen Diskussion so genanntes - „Burkaverbot“ in der Schule einzuführen.

Zunächst möchten wir vorausschicken, dass wir in unserer Stellungnahme unsere Haltung zur Vollverschleierung darstellen. Der Ausübung der Religionsfreiheit durch das Tragen eines Kopftuches stehen wir ausdrücklich tolerant gegenüber.

Montessori-Landesverband Hessen e.V.  
Lagerhausstraße 3, 63589 Linsengericht  
Tel. 06051/977592, Mail [vorstand@montessori-hessen.de](mailto:vorstand@montessori-hessen.de)  
[www.montessori-hessen.de](http://www.montessori-hessen.de)

Tatsächlich stellt eine Vollverschleierung im pädagogischen Alltag ein Problem dar. Zum einen verhindert eine Vollverschleierung das Identifizieren einer Person, da von Mitgliedern der Schulgemeinde nicht zu erkennen ist, wer sich hinter dem Schleier verbirgt. Im Falle der Aufsichtspflicht kann der Pädagoge bzw. die Pädagogin weder erkennen, ob es sich um eine Schülerin handelt, über die Aufsicht zu führen ist, noch ist ersichtlich, ob das Kind, dass sich in der Aufsicht des Pädagogen befindet, an diese Person übergeben werden kann.

Ein weiterer schwerwiegender Punkt ist die Auswirkung auf die pädagogische Arbeit im Alltag: So wird es dem Pädagogen sehr schwerfallen, sowohl positive als auch negative Folgen seines Handelns bei der Schülerin zu erkennen, wenn ihr Gesicht für ihn nicht erkennbar ist. Auch eine Vertrauensbasis mit einer Erziehungsberechtigten wird nur schwer aufzubauen sein, wenn die Mimik bei einem Gespräch nicht erkennbar und damit die Wirkung von dem gesprochenen Wort nur z. T. wahrnehmbar ist.

Leider ist das Gesetz sehr unkonkret formuliert und seine Absicht ausschließlich mithilfe der Begründung zu verstehen. Wir befürchten, dass das Risiko der Fehlinterpretation groß ist und somit nicht zur Befriedung des Schulalltags beiträgt.

Überrascht hat uns die Einschätzung unter Punkt F in dem Gesetzentwurf, die davon ausgeht, dass die Auswirkungen der Gesetzesänderung Frauen nicht stärker betrifft als Männer. Das sehen wir anders. Sollte die Vollverschleierung an hessischen Schule verboten werden, werden muslimische Frauen, die ihre Religion in dieser Form ausüben möchten, sehr wohl stärker von diesem Gesetz betroffen sein als Männer.

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Brigitte Johannsen  
Montessori-Landesverband Hessen  
Mitglied des Vorstandes



Hessischer Philologenverband • Schlichterstraße 18 • 65185 Wiesbaden

Hessischer Landtag  
Schlossplatz 1 - 3  
65183 Wiesbaden

16. April 2018/bi  
Tgb.-Nr.: 18 045 (LV/KV)

### Stellungnahme des HPhV zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP zu § 69 des HSchG – Abs. 5

Die Botschaft des Gesichtes ist in der Kommunikation von wesentlicher Bedeutung. In der Fähigkeit, die Mimik des Gegenübers in verbaler oder nonverbaler Kommunikation zu dechiffrieren oder sie selbst gezielt einzusetzen, liegt eine hohe Kunst, die nicht nur zwischenmenschliche Beziehungen stärkt, sondern auch Lernprozesse deutlich unterstützt. Maßnahmen, die die Wahrnehmung der Mimik deutlich einschränken, stellen eine erhebliche Erschwernis für schulische Interaktionsprozesse dar.

Aus diesem Grund unterstützt der Hessische Philologenverband den Gesetzentwurf (Drucksache 19/5955) der Fraktion der FDP zu § 69 Abs. 5 des HSchG. Ausnahmen sind, wie im Entwurf vorgesehen, gesundheitliche Gründe (z.B. Infektionsschutz, oder Maßnahmen nach Verletzungen und/oder Operationen) oder Schutzmaßnahmen im Unterricht (z.B. Atemschutz bei speziellen Kunstprojekten [z.B. Graffiti]), nicht aber religiöse, politische oder kulturelle Begründungen.

Mit freundlichen Grüßen

Jürgen Hartmann  
Vorsitzender

#### Hessischer Philologenverband e.V.

Geschäftsstelle  
Schlichterstraße 18  
65185 Wiesbaden  
Tel.: 06 11 / 3074 45  
Fax: 06 11 / 37 69 05

E-Mail: [hphv@hphv.de](mailto:hphv@hphv.de)  
Internet: [www.hphv.de](http://www.hphv.de)  
Bürozeiten  
Mo. – Do. 8<sup>00</sup> – 16<sup>00</sup> Uhr  
Fr. 8<sup>00</sup> – 15<sup>00</sup> Uhr

#### Geschäftsführer/Justitiar

RA Stephan F. Dietz

Sprechzeiten  
Di. – Do. 9<sup>00</sup> – 15<sup>00</sup> Uhr

#### Vorsitzender

Jürgen Hartmann

Gewerkschaft der Gymnasiallehrer im  
Deutschen Beamtenbund, Landesbund Hessen (dbb)  
Landesverband im Deutschen Philologenverband (DPHV)  
Mitglied im Deutschen Lehrerverband Hessen (DLH)

**Von:** [Öftring, Michaela \(HLT\)](#)  
**An:** [Wilbert, Elisa \(HLT\)](#)  
**Thema:** WG: Öffentliche mündliche Anhörung des Kulturpolitischen Ausschusses zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Schulgesetzes - Drucks. 19/5955 -  
**Datum:** Dienstag, 17. April 2018 08:58:28  
**Anlagen:** [image001.png](#)

---

Michaela Öftring



Bereich Ausschussgeschäftsführung  
Plenardokumentation

Schlossplatz 1-3  
 65183 Wiesbaden  
 Tel.: 0611 - 350485  
 Fax: 0611 - 350345  
 eMail: [M.Oeftring@ltg.hessen.de](mailto:M.Oeftring@ltg.hessen.de)  
 URL: [www.hessischer-landtag.de](http://www.hessischer-landtag.de)



Gütesiegel  
 Familienfreundlicher  
 Arbeitgeber  
 Land Hessen

---

**Von:** Dr. Wolfgang Bott  
**Gesendet:** Montag, 16. April 2018 23:33  
**An:** Öftring, Michaela (HLT)  
**Cc:**  
**Betreff:** Öffentliche mündliche Anhörung des Kulturpolitischen Ausschusses zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Schulgesetzes - Drucks. 19/5955 -

Sehr geehrte Frau Öftring,

die Vereinigung der Schulaufsichtsbeamtinnen und -beamten des Landes Hessen nimmt zu dem o.g. Gesetzentwurf wie folgt Stellung:

„Mit dem Änderungsantrag der FDP-Fraktion des hessischen Landtages soll eine Regelung eingefügt werden, die es den Schülerinnen und Schülern verbietet, durch ihr Verhalten oder ihre Kleidung die Kommunikation mit den Beteiligten des Schullebens in besonderer Weise zu erschweren. Ausnahmen von dieser Regelung sollen für einzelne Tätigkeiten oder besondere gesundheitliche Gründe vorgesehen werden.

Aus der Begründung zu diesem Gesetzentwurf ergibt sich, dass vorrangig die Vollverschleierung von Schülerinnen untersagt werden soll.

Den Initiatoren des Änderungsantrages ist zuzustimmen, dass für eine ungestörte Kommunikation in der Schule im Sinne der Bildungs- und Erziehungsziele des § 2 HSchG

die Einbeziehung von Gestik und Mimik unverzichtbare Bestandteile darstellen, die durch eine Vollverschleierung zweifelsohne massiv beeinträchtigt würde.

Dementsprechend hat der bayrische Gesetzgeber in Art. 56 Abs. 4 Satz 2 EUG formuliert, „Die Schülerinnen und Schüler dürfen insbesondere in der Schule und bei Schulveranstaltungen ihr Gesicht nicht verhüllen, es sei denn, schulbedingte Gründe erfordern dies; zur Vermeidung einer unbilligen Härte können die Schulleiterin oder der Schulleiter Ausnahmen zulassen.“

Mit dieser Regelung wird das Ziel der „unverhüllten“ innerschulischen Kommunikation mit hinreichender Klarheit beschrieben, sodass es keiner Auslegung des Willens des Gesetzgebers bezüglich des in dem Änderungsgesetz enthaltenen Begriffs der „die Kommunikation erschwerenden Kleidung“ bedarf.

Diese Regelung stellt im Übrigen eine konsequente Umsetzung der Rechtsprechung des BayVGH zur Frage der Zulässigkeit religiös motivierter Kleidung in der Schule bei Schülerinnen dar (vgl. hierzu BayVGH vom 22.4.2014, Az.: 7 C 13.2593; NVwZ 2016, 1109). Nach dieser Entscheidung des BayVGH ist der Staat berechtigt, zur Sicherstellung seines ihm nach Art. 7 Abs. 1 GG obliegenden Bildungs- und Erziehungsauftrags die im Unterricht einzusetzenden Kommunikationsmethoden zu bestimmen, zu denen als prägendes Merkmal die von Wort, Mimik, Gestik und anderen Faktoren lebende offene Kommunikation gehört, die durch das Tragen eines Vollschieleers massiv beeinträchtigt wäre.

Insoweit ist auch der hessische Gesetzgeber zweifelsfrei berechtigt, eine vergleichbare Bekleidungsregelung in das HSchG aufzunehmen, um zu verhindern, dass die Frage der Nicht-Tolerierung einer Vollverschleierung im Unterricht erst im Einzelfall in der einzelnen Schule geregelt werden muss.

Nach alledem wird die Initiative im Grundsatz begrüßt, jedoch angeraten, sich im Interesse der Rechtsklarheit an die Regelung im BayEUG anzulehnen. Dies gilt umso mehr, als die wenigen über Verschleierungsfragen hinausgehenden Einzelfälle in der Regel über pädagogische Maßnahmen nach § 82 Abs. 1 HSchG gelöst werden können.“

Wir bitten die Überschreitung des Termins zur Stellungnahme, die der internen Abstimmung wegen erforderlich war, zu entschuldigen.

Für den Vorstand

Dr. Wolfgang Bott