

Über die (Un-) Zulässigkeit eines Kopftuchverbots für Schülerinnen

eine Replik auf das Gutachten v. Prof. Dr. Nettesheim vom 29.08.2019

von Michael Bernard und David Koppe*

im Auftrag von

Föderale Islamische Union e.V.

Bad Kreuznach/Dresden, 6. Dezember 2019

- * [Michael Bernard](#) ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht mit weiterem Tätigkeitsschwerpunkt auf dem Gebiet des Verfassungsrechtes
- David Koppe ist Doktorand am Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht der Universität Leipzig

Die (Un-) Zulässigkeit von Kopftuchverboten für Schülerinnen

Inhalt

I.	Einleitung.....	2
II.	Ergebnisse des Gutachtens v. 29.08.2019	3
1.	Nichteröffnung des persönlichen Schutzbereichs von Art. 4 Abs. 1, 2 GG.....	3
2.	Rechtfertigung eines Eingriffs durch Art. 7 Abs. 1 GG	4
III.	Unvereinbarkeit von Kopftuchverboten für Schülerinnen mit Art. 4 Abs. 1, 2 GG.....	4
1.	Geltung der Grundrechte im Schulverhältnis	4
2.	Persönlicher Schutzbereich der Religionsfreiheit	5
a.	Grundrechtsfähigkeit von Kindern	6
b.	Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit von Kindern	7
3.	Sachlicher Schutzbereich der Religionsfreiheit.....	9
4.	Rechtfertigung eines Kopftuchverbots?.....	10
a.	Argumentation Nettesheims	10
b.	Keine Einschränkung durch Art. 4 Abs. 1, 2 GG (negative Religionsfreiheit).....	12
c.	keine Einschränkung durch die staatliche Neutralität.....	13
d.	keine Einschränkung durch Art. 7 Abs. 1 GG.....	14
aa.	keine Störung des Schulfriedens.....	14
bb.	keine Beeinträchtigung konkreter Bildungs- und Erziehungsziele	16
e.	das elterliche Erziehungsrecht gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.....	19
f.	Unverhältnismäßigkeit eines Kopftuchverbots.....	21
VI.	Unvereinbarkeit eines Kopftuchverbots mit Art. 3 Abs. 1 GG.....	21
V.	Ergebnis	23

I. Einleitung

Schien bis vor Kurzem die Diskussion über die verfassungsrechtlichen Grenzen der Zulässigkeit von Kopftuchverboten für erwachsene Frauen im öffentlichen Dienst und der Justiz durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zumindest bis auf Weiteres ein Ende gefunden zu haben¹, wird diese nun vor dem Hintergrund eines gesetzlichen Kopftuchverbots in Österreich für Schülerinnen sowie aufgrund einer entsprechenden Forderung der Organisation *Terres de Femmes* neu entfacht und nunmehr auch in der Bundesrepublik die Forderung nach einem Kopftuchverbot für Schülerinnen erhoben.

Dabei benötigt man keinen außergewöhnlichen Scharfsinn um zu erkennen, dass auch das Kopftuchverbot für Schülerinnen wie die vergleichbaren Rufe nach allgemeinen Verschleierungsverboten im öffentlichen Raum augenscheinlich als Projektionsfläche dient, um liberale Positionen zur Integration religiös-weltanschaulicher Vielfalt unter dem Deckmantel paternalistischer oder moralischer Rechtfertigungen neu zu verhandeln.²

Die Vorstöße kommen dabei von rechtskonservativen und linksemanzipatorischen Kräften gleichermaßen. Dies zeigt sich dann auch darin, dass der Symbolik des Kopftuchs unterschiedliche Bedeutung zugeschrieben wird und die für ein Kopftuchverbot vorgebrachten Begründungen variieren.³ Bislang liegt keine einschlägige, insbesondere keine verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu einem Kopftuchverbot für Schülerinnen vor. Dass und warum ein Kopftuchverbot für Kinder mit dem Grundgesetz vereinbar ist, wurde jedoch jüngst von *Prof. Dr. Martin Nettesheim* im Auftrag des Vereins *Terre des Femmes* vorgetragen.⁴

¹ Das *BVerfG* hatte 2015 entschieden, dass das Kopftuch bei einer Lehrerin muslimischen Glaubens grundsätzlich zulässig ist, soweit nicht im konkreten Einzelfall daraus eine Gefährdung des Schulfriedens erwächst (NJW 2003, 3111) 2016 hat das *BVerfG* das Kopftuch auch für Einrichtungen der Kinderbetreuung in öffentlicher Hand für zulässig erklärt (NJW 2017, 381). Hierauf wird zurückzukommen sein.

² Freilich trifft diese Vermutung auch diejenigen, die der Überzeugung sind, für diese liberalen Positionen eintreten zu müssen.

³ Während teilweise der religiöse Bezug des Kopftuchs gänzlich bestritten wird, bestreiten andere die Freiwilligkeit des Tragens. *Nettesheim* sieht hierin mit pejorativer Konnotation den Ausdruck einer Gruppenzugehörigkeit, der einen Ein- bzw. Ausgrenzungsanspruch formuliert, Gutachten v. 29.08.2019, S. 8.

⁴ *Nettesheim*, Grundgesetz und Verbot eines „Kinderkopftuchs“, Zur Diskussion über Kopftuchverbote für Schülerinnen, Gutachten im Auftrag von TERRE DES FEMMES Menschenrechte für die Frau e. V., Tübingen, 29. August 2019 (im Folgenden: Gutachten v. 29.08.2019), abrufbar unter:

Die nachstehenden Ausführungen enthalten eine Replik auf dieses Gutachten bei gleichbleibendem Gegenstand. Im Ergebnis ist die Vereinbarkeit eines Kopftuchverbots mit dem Grundgesetz zu verneinen. Im Rahmen der Begründung dieses Ergebnisses wird auf die Erwägungen *Nettesheims* zurückzukommen sein.

II. Ergebnisse des Gutachtens v. 29.08.2019

Nettesheim kommt in seinem Gutachten v. 29.08.2019 zu dem Ergebnis, dass Kopftuchverbote für Schülerinnen mit dem Grundgesetz, insbesondere mit Art. 4 Abs. 1, 2 GG (Religionsfreiheit) und Art. 6 Abs. 2 (elterliches Erziehungsrecht) GG vereinbar wären. Dieses Ergebnis stützt *Nettesheim* im Wesentlichen auf zwei Erwägungen:

1. Nichteröffnung des persönlichen Schutzbereichs von Art. 4 Abs. 1, 2 GG

Die Zulässigkeit eines Kopftuchverbots folge zunächst daraus, dass Kinder in der Regel nicht über die „kognitiven und intellektuellen Fähigkeiten“ verfügten, „die für ein – im freiheitstheoretischen Sinn – glaubensorientiertes Leben erforderlich“ seien.⁵ Kinder müssten eine bestimmte intellektuelle Reife entwickelt haben, bevor das Tragen eines Kopftuchs als Ausdruck einer selbstbestimmten und verantwortlichen Ausübung der Religionsfreiheit aufgefasst werden könne (a). Die Aufgabe zu bestimmen, mit welchem Alter dieser Reifegrad erreicht sei, obliege im demokratischen Verfassungsstaat in Ermangelung konkreter Vorgaben in Art. 4 Abs. 1, 2 GG dem Gesetzgeber. Da aus persönlichkeitsrechtlichen und praktischen Gründen der Gesetzgeber nicht darauf verwiesen sei, eine Einzelfallprüfung von Schülerinnen anzuordnen, welche den Anspruch erheben, bereits diese Reife aufzuweisen, sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber abstrakt davon ausginge, dass von einer solch verantwortlichen Entscheidung über den Gebrauch religiöser oder weltanschaulich konnotierter Kleidung erst ab einem Alter von 14 Jahren ausgegangen werde (b.). Kopftuchverbote für Schülerinnen würden damit im Ergebnis nicht in den persönlichen Schutzbereich der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG fallen.

<https://www.frauenrechte.de/images/downloads/presse/kinderkopftuch/Nettesheim-Gutachten-Kinderkopftuch-Endfassung.pdf> (zuletzt abgerufen am: 21.10.2019).

⁵ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 25.

2. Rechtfertigung eines Eingriffs durch Art. 7 Abs. 1 GG

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass Kinder über die für die Ausübung der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG nötige Reife verfügten, ließe sich ein Kopftuchverbot für Schülerinnen durch Art. 7 Abs. 1 GG rechtfertigen, da die gesetzgeberischen Erziehungsziele es zuließen, in der Schule äußere Manifestationen mit religiöser Konnotation zu unterbinden um Offenheit zu schaffen. Dabei werde in der bisherigen Debatte nämlich zu einseitig auf das Element der Freiheitsbeeinträchtigung abgestellt und „schon im Ansatz“ nicht berücksichtigt, dass es dem Staat bei Kopftuchverboten vielmehr darum ginge, „junge Menschen in eine Situation zu versetzen, jenseits heteronom vorgegebener Rollenverständnisse zu sich selbst zu finden“.⁶ Gefordert sei vielmehr die Frage danach, ob die entsprechenden staatlichen Eingriffe „nicht der Anleitung zur Entwicklung genuiner Autonomie“ dienen.⁷ Dem stünde auch das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG nicht entgegen. Das Kopftuchverbot wäre zudem verhältnismäßig, weil präventive Maßnahmen nicht gleich geeignet wären, die Erziehungsziele zu erreichen. Selbst wenn ein Kopftuchverbot für Schülerinnen in den persönlichen Schutzbereich der Religionsfreiheit fiel, wäre ein Verstoß gegen die Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG und ein solcher gegen das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG durch den staatlichen Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG gerechtfertigt.

III. Unvereinbarkeit von Kopftuchverboten für Schülerinnen mit Art. 4 Abs. 1, 2 GG

Diese Ausführungen verfangen nicht. Vielmehr wäre ein Kopftuchverbot für Schülerinnen unvereinbar mit dem Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG.

1. Geltung der Grundrechte im Schulverhältnis

Soweit *Nettesheim* die Schule als „Raum“ beschreibt, „der aufgrund der Vorgabe von Art. 7 Abs. 1 GG und den entsprechenden Regelungen der Landesverfassungen einem besonderen Regime unterliegt“⁸, klingt hierin zunächst die längst überwundene⁹ *Lehre vom besonderen*

⁶ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 10.

⁷ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 10.

⁸ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 7.

⁹ Wovon bereits BVerfGE 33, 1, (9 ff.); 40, 276, (283 ff.); 85, 386, (403) ausgehen; grundlegend zur Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis, *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, 101 ff; *Werres*,

Gewaltverhältnis wieder an. Weil jedoch auch *Nettesheim* diese Lehre nicht als Grundrechtseinschränkung sondern lediglich heuristisch als Hinweis auf eine etwaige besondere Konfliktlage verstehen will, muss nicht weiter dargelegt werden, dass die Grundrechte selbstverständlich auch in Sonderbeziehungen uneingeschränkte Geltung und Anwendung finden und es einen grundrechtsfreien Raum in Ansehung von Art. 1 Abs. 3 GG nicht geben kann.¹⁰

2. Persönlicher Schutzbereich der Religionsfreiheit

Soweit *Nettesheim* ein Kopftuchverbot für Schülerinnen deshalb für zulässig erachtet, weil der Schutzbereich der Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1, 2 GG *ratione personae* nicht eröffnet sei, vermag dies vor dem Hintergrund der Grundrechtsdogmatik nicht zu überzeugen. Denn die Grundrechtsmündigkeit¹¹ gehört zu Recht nicht zum gesicherten Bestand der allgemeinen Grundrechtsdogmatik¹², weil sich für derartige Einschränkungen des persönlichen Schutzbereichs nämlich auch keine Anhaltspunkte im Grundgesetz finden lassen¹³, obgleich das Grundgesetz durchaus Altersgrenzen kennt und benennt.¹⁴ Der Begriff der Grundrechtsmündigkeit wird regelmäßig mit drei verschiedenen Fähigkeiten verbunden, von denen im Folgenden allein die Grundrechtsberechtigung oder Grundrechtsfähigkeit sowie die von *Nettesheim* bezeichnete Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit erläutert und kommentiert werden.¹⁵

ZBR 2006, 288, (292 f.); *Friedrich*, „Fridays for Future“ statt Freitag in der Schule: Unterrichtsbefreiung für Schülerstreik, NVwZ 2019, 598.

¹⁰ Vgl. nur BVerfGE 138, 296, 328, Rn. 84; BVerfGE 108, 282, (297 f.).

¹¹ Bzw. *Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit* wie das Gutachten v. 29.08.2019 diese bezeichnet, vgl. *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 24.

¹² *Bethge*, § 90 BVerfGG, Rn. 171 m. w. N., in *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: 37. Lfg. 2012;

¹³ *Sachs* in: *ders.*, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Vor Art. 1 Rn. 75 m. w. N.

¹⁴ *Moir*, Auf dem Weg zum selektiven Grundrechtsschutz, Anmerkungen zum Gutachten von Prof. Dr. Martin *Nettesheim* zum „Kinderkopftuchverbot“, Verfassungsblog, 04.09.2010, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/auf-dem-weg-zum-selektiven-grundrechtsschutz/> (zuletzt abgerufen am 22.10.2019).

¹⁵ Weniger problematisch ist das Abstellen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzgl. der Verfahrens- bzw. Prozessfähigkeit von Kindern in Verfahren vor dem BVerfG gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 Abs. 1 BVerfGG, da diese bei ansonsten fehlender Prozessfähigkeit nicht etwa ihres grundrechtlichen Schutzes verlustig gehen, sondern in diesem Fall von ihren Eltern oder anderen gesetzlichen Vertretern vertreten werden würden, vgl. *Ebert*, Grundwissen: Verfassungsbeschwerde, ZJS 5/2015, 485, (486).

a. Grundrechtsfähigkeit von Kindern

Unstreitig sind Kinder rechtlich Träger der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG, da die Grundrechtsfähigkeit bereits mit der Vollendung der Geburt beginnt.¹⁶ Unabhängig vom Alter sind daher alle natürlichen Personen als Träger des Grundrechts der Religionsfreiheit zu dessen Ausübung berechtigt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 5 S. 1 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung (KerzG).¹⁷ Hierin kommt lediglich zum Ausdruck, ab welchem Alter dem Kind selbst die Entscheidung darüber zustehen soll, zu welcher Religion es sich bekennen will bzw. ob es sich überhaupt dazu entschließt. Eine Einschränkung des persönlichen Schutzbereichs im Sinne einer rechtlichen Beschränkung der Grundrechtswahrnehmung lässt sich dem Wortlaut des § 5 S. 1 KerzG jedenfalls nicht entnehmen. Systematisch dient § 5 S. 1 KerzG vielmehr der Abgrenzung der Entscheidungsbefugnisse zwischen den Eltern und ihrem Kind in Fragen der religiösen Erziehung. Denn gegenüber den Eltern kann sich das Kind nicht auf die Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG berufen, da diese nur im Verhältnis Staat-Bürger (unmittelbar) gelten. Eine Antwort auf die Frage, ob und in welchem Umfang sich ein Kind gegenüber staatlichen Eingriffen auf die grundgesetzlich verbürgte Religionsfreiheit berufen kann, ist von § 5 S. 1 KerzG nicht intendiert und wird demzufolge von dieser Norm auch nicht beantwortet. Darüber hinaus kann der persönliche Schutzbereich der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1, 2 GG auch nicht durch eine einfachgesetzliche Regelung verkürzt werden, sondern ist als Eingriff in ein Grundrecht seinerseits rechtfertigungsbedürftig. Zwar kann der Gewährleistungsgehalt einzelner Grundrechte durch einfaches Gesetz konkretisiert werden, die in Art. 4 Abs. 1, 2 GG verbürgte Religionsfreiheit weist jedoch keinen normgeprägten Schutzbereich¹⁸ auf sondern ist als klassisches Freiheitsrecht im Sinne eines Abwehrrechts konzipiert.¹⁹ Damit scheidet eine Altersvoraussetzung als einfachgesetzliche Normkonkretisierung vergleichbar derjenigen des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG aus.

¹⁶ BVerfGE 24, 119, (144); 99, 145, (156); Roth, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, 2003, S. 11 f.; in aller Deutlichkeit: Peschel-Gutzeit, Zur Geschichte der Kinderrechte, FÜR 2008, 471, (472).

¹⁷ § 5 S. 1 KerzG: Nach der Vollendung des vierzehnten Lebensjahrs steht dem Kinde die Entscheidung darüber zu, zu welchem religiösen Bekenntnis es sich halten will. Hat das Kind das zwölfte Lebensjahr vollendet, so kann es nicht gegen seinen Willen in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden.

¹⁸ vgl. insoweit z. B. Art. 14 GG.

¹⁹ Herzog, GG Art. 4, Rn. 63, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 87. EL März 2019.

b. Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit von Kindern

Soweit die Grundrechtsmündigkeit als Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit verstanden wird, besteht auch hier kein Grund auf das Alter des Kindes oder andere wertende Elemente wie z. B. die intellektuelle Reife abzustellen.²⁰ Ob sich ein Verhalten als grundrechtsrelevant erweist, ist zunächst eine Frage des sachlichen Schutzbereichs des jeweiligen Grundrechts. Fällt eine Handlung in den sachlichen Schutzbereich eines Grundrechts, dann ist der Schutzbereich dieses Grundrechts eröffnet, ohne dass es auf eine intellektuelle Reife oder das Alter des Grundrechtsträgers ankommen würde.²¹

Nettesheim möchte nun jedoch nur solche Handlungen als grundrechtsrelevant zulassen, die von einem entsprechenden genuinen Freiheitswillen getragen sind.²² Kein Freiheitsgebrauch seien demzufolge „kindliche Schwärmereien, die unreflektierte Religiosität im Kindesalter“ sowie „die kindliche Anlehnung an elterliche Vorgaben und Wünsche“.²³ Selbstverständlich ist die jener Vorstellung zugrundeliegende Prämisse einer gänzlich autonomen Entscheidung bereits für sich eine Illusion. Jeder Mensch ist eingebunden in familiäre, soziale, gesellschaftliche sowie normative Rahmenbedingungen, die von ihm vorgefunden, adaptiert oder unreflektiert übernommen werden. Besonders einsichtig dürfte diese Schlussfolgerung hinsichtlich der von Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Meinung im Zeitalter der Informationsgesellschaft sein. Allenfalls ließe sich vertreten, dass menschliches Verhalten überwiegend heteronom sei.

Grundrechte garantieren aber Freiheiten, ohne dass eine staatliche Überprüfung darauf hin erfolgt, ob das Handeln der Grundrechtsträger „freiwillig“, das heißt ohne auf die

²⁰ So aber *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 24 ff.

²¹ Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat sich in den vergangenen Jahren insbesondere im Rahmen von Entscheidungen über religiös motivierte Befreiungsanträge für Grundschülerinnen vom koedukativen Schwimmunterricht mit dieser Thematik befasst und hierbei auch Grundschülerinnen die Berufung auf die Religionsfreiheit zugesprochen: OVG Bremen, Beschl. v. 13.06.2012, 1 B 99/12, S. 4 f. (bejaht für achteinhalbjähriges Mädchen); VGH Kassel, Urt. v. 28. 9. 2012 - 7 A 1590/12 = NVwZ 2013, 159 (bejaht für elfjähriges Mädchen); VG Augsburg, Beschl. v. 17.12.2008 - Au 3 E 08.1613 -, Rn. 25 f., juris (verneint für achtjähriges Mädchen); VG Düsseldorf, Urt. v. 30.05.2005 - 18 K 74/05 -, Rn. 27, juris (verneint für zehnjährigen Jungen); VG Hamburg, Beschl. v. 14.04.2005 - 11 E 1044/05 -, Rn. 15, juris (wohl eher verneint für neunjähriges Mädchen); VG Frankfurt, Urt. v. 26.04.2012 - 5 K 3954/11.F = BeckRS 2013, 58069 (bejaht für zwölfjähriges Mädchen); VG Halle, Beschl. v. 15.08.2019 - 6 B 243/19 HAL = BeckRS 2019, 18715 (bejaht für ein neunjähriges Mädchen).

²² *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 25.

²³ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 25.

Grundrechtsträger einwirkende gesellschaftliche Zwänge aus Erziehung und sonstigen gesellschaftlichen Bindungen vorgenommen wird.²⁴

Ungeachtet dessen führt das Selbstbestimmungsparadigma zu gewichtigen epistemologischen Problemen. Vielfältig sind nämlich die Modalitäten der Fremdbestimmung. Damit verringert sich zugleich unsere Fähigkeit, Freiwilligkeit von Unfreiwilligkeit zu trennen. Aufklärung könnte hier allein die sozialwissenschaftliche Forschung leisten. Pauschale Annahmen von der Art, dass kein Kind bis zu einem bestimmten Alter freiwillig eine Glaubenshaltung einnehmen könne, stellen jedenfalls vor diesem Hintergrund keine sachlich fundierten Annahmen, sondern bloße Behauptungen dar, denen die Überzeugungskraft dogmatischer Rechtsbehauptungen fehlt. Wie „frei“ die Entscheidung ist, kann nur bei staatlichen oder sonstigem unmittelbarem Zwang eindeutig beantwortet werden.²⁵

Das soeben angedeutete epistemologische Problem lässt sich auch nicht dadurch desavouieren, dass dem Gesetzgeber *nolens volens* die Kompetenz zur (willkürlichen) Festlegung von Altersgrenzen und damit die Entscheidung über Freiheit und Unfreiheit der Grundrechtsausübung zugeschrieben wird. Denn der staatliche Gesetzgeber muss sich in jedem Fall für Grundrechtsverkürzungen durch Einführung von Altersgrenzen rechtfertigen. Dies ist ihm vom Grundgesetz nur in dem Umfang erlaubt, wie die von ihm veranlassten Eingriffe verhältnismäßig sind. Erweisen sich jedoch die von ihm für den Grundrechtseingriff angeführten Gründe als fraglich, empirisch nicht nachvollziehbar oder ausschließlich von ideologischen Vorabfestlegungen gekennzeichnet, so sind erst recht Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit i. S. d. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zweifelhaft.

Schließlich wird ein religiöses Bekenntnis nicht dadurch des grundrechtlichen Schutzes verlustig, dass es auf (Familien-) Tradition beruht. Denn diejenige Variation der Fremdbestimmung, die das Gutachten unterstellt, nämlich die elterliche Beeinflussung, steht ihrerseits unter dem grundrechtlichen Schutz des Art. 6 Abs. 2 GG. *Nettesheims* Annahme führt in letzter Konsequenz dazu, dass die Inanspruchnahme des elterlichen

²⁴ Hecker, Renaissance der Kopftuchdebatte – Kopftuch bei Kindern, ZRP 2019, S. 151, (152).

²⁵ Hecker, Renaissance der Kopftuchdebatte – Kopftuch bei Kindern, ZRP 2019, S. 151, (152).

Erziehungsrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG zum Grundrechtsverlust des Kindes führt. Zudem würde sich diese Wirkung *mutatis mutandis* bei anderen Grundrechten gleichermaßen einstellen, so z. B. auch für die in Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistete Meinungsfreiheit des Kindes.

Die Inanspruchnahme des elterlichen Erziehungsrechts würde folglich die Grundrechte des Kindes verkürzen. Der von *Nettesheim* angenommene Konflikt zwischen Religionsfreiheit und staatlichem Bildungs- und Erziehungsauftrag wäre hierdurch freilich noch nicht gelöst, sondern nur auf das Verhältnis Eltern-Staat verlagert. Würde man das Maß religiöser Selbstbestimmung bilanzieren können, hätten Schülerinnen durch ein Kopftuchverbot auch nach dem Ansatz von *Nettesheim* nichts dazu gewonnen. Der staatliche Entzug grundrechtlicher Gewährleistungsgelände bleibt ein Eingriff ganz gleich, welche Zwecke der fürsorgliche – genauer – vormundschaftliche Staat hierzu anführt.

3. Sachlicher Schutzbereich der Religionsfreiheit

Wie schon in der allgemeinen Kopftuchdebatte wird auch im Zusammenhang mit dem Kopftuchverbot für Schülerinnen erneut danach gefragt, ob aus dem Koran ein Gebot zum Tragen des Kopftuchs für Mädchen abgeleitet werden und das Kopftuchverbot für Schülerinnen danach als von der Glaubensfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1, 2 GG geschützter unzulässiger Eingriff in die Rechte der Mädchen angesehen werden könne.²⁶

Soweit hierbei zutreffend behauptet wird, dass auch zahlreiche muslimische Verbände das Tragen eines Kopftuchs von Kindern nach den Glaubensregeln des Koran für nicht geboten erachten, ist gleichfalls daran zu erinnern, dass es dem Staat grundsätzlich verwehrt ist, die Glaubensüberzeugungen der Betroffenen als richtig oder falsch zu bewerten und es nicht darauf ankommt, dass zum sog. Bedeckungsgebot im Islam unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, solange sich in den religiösen Glaubensgeboten für die von der Grundrechtsträgerin behauptete Überzeugung nur eine hinreichende Stütze finden lässt.²⁷

²⁶ Auch *Annegret Kramp-Karrenbauer* hat sich dieser Auffassung angeschlossen und hervorgehoben, dass das Kopftuch bei Kindern habe mit der Glaubensfreiheit nichts zu tun (www.ntv.de v. 18.5.2019).

²⁷ BVerfGE 24, 236, 247 f.; BVerfGE 108, 282, 298 f.; BVerfGE 138, 296, 329; BVerfG, Beschl. v. 18.10.2016, 1 BvR 354/11, Rn. 59.

Die Frage nach der Existenz religiöser Gebote ist dabei individuell für die konkrete, gegebenenfalls innerhalb einer solchen Glaubensrichtung bestehende Religionsgemeinschaft zu beantworten.²⁸ Dem Grundrechtsträger obliegt hierbei jedoch die Darlegungslast, d. h. dieser hat konkrete, substantiierte und objektiv nachprüfbare Tatsachen vorzutragen, aus denen sich die Ernsthaftigkeit des Gewissenkonfliktes infolge des Zwanges, den eigenen Glaubensüberzeugungen zuwiderzuhandeln, ergibt.²⁹

Das islamische Bedeckungsgebot für Frauen wird hierbei in der Regel auf drei Textpassagen des Koran gestützt.³⁰ Nach Sure 24, Vers 31 des Koran sollen gläubige Frauen ihre Blicke niederschlagen, ihre Scham hüten und ihre Reize nicht zur Schau tragen, es sei denn, was außen ist, und sie sollen ihren Schleier über ihren Busen schlagen und ihre Reize nur ihren Ehegatten, Vätern, Brüdern, Söhnen und anderen nahen männlichen Verwandten sowie Frauen und auch Kindern, welche die Blöße der Frauen nicht beachten, zeigen. Nach Auffassung des *Zentralrats der Muslime in Deutschland e.V.* gilt es jedenfalls ab Geschlechtsreife, d. h. mit Einsetzen der Pubertät.³¹ Wenn das islamische Bedeckungsgebot bereits mit Beginn der Geschlechtsreife einsetzt, können sich auch Grundschülerinnen glaubhaft auf die Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG berufen. Darüber hinaus setzt die Geschlechtsreife nicht bei allen Mädchen im gleichen Alter ein, so dass pauschale Altersgrenzen bereits aus diesem Grund unzulässig sein dürften.

4. Rechtfertigung eines Kopftuchverbots?

a. Argumentation Nettessheims

Nettesheim zufolge wäre ein Kopftuchverbot für Schülerinnen auch dann gerechtfertigt, wenn der Schutzbereich des Grundrechtes eröffnet wäre. Ein solches Verbot ließe sich zwar unter Berücksichtigung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht mit der negativen Religionsfreiheit der Mitschülerinnen und Mitschüler oder das ihrer Eltern

²⁸ BVerfG, DÖV 2002, S. 386.

²⁹ BVerwG, NVwZ 1994, 578, 579; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 25.02.2011 - 19 A 1482/09.

³⁰ Sure 24, Vers 31; Sure 33, Vers 53 und 59, ausführlich: *Wielandt*, Die Vorschrift des Kopftuchtragens für die muslimische Frau: Grundlagen und aktueller innerislamischer Diskussionstand, S. 1, abrufbar unter: http://www.deutsche-islam-konferenz.de/SharedDocs/Anlagen/DIK/DE/Downloads/Sonstiges/Wielandt_Kopftuch.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am: 26.10.2019.

³¹ Vgl. Zentralrat der Muslime in Deutschland e.V., Grundsatzpapier zur Kopftuchdebatte v. 23.10.2003, abrufbar unter: <http://zentralrat.de/2652.php>, zuletzt abgerufen am: 26.10.2019.

rechtfertigen, da Einzelne kein Recht darauf hätten, von der Konfrontation mit ihnen fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben.³² Ein gesetzliches Verbot, in der öffentlichen Schule bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres ein Kopftuch zu tragen, ließe sich aber als Maßnahme rechtfertigen, die der Verwirklichung der in Art 7 Abs. 1 GG erwähnten Erziehungs- und Bildungsziele diene.³³ Das Grundgesetz gebe zwar keine konkreten Erziehungs- und Bildungsziele vor, gleichwohl könne Art. 7 Abs. 1 GG nicht so verstanden werden, als wäre Art. 7 Abs. 1 GG inhaltsleer.³⁴

Die Verfassungsordnung des Grundgesetzes, so *Nettesheim*, ziele auf die Errichtung und rechtliche Ordnung eines Gemeinwesens ab, in dem Menschen ein freies Leben in selbstbestimmter Autonomie führten. Art. 7 Abs. 1 GG schreibe dabei einer unter staatlicher Verantwortung stehenden Schule die zentrale Bedeutung für die Persönlichkeitsentwicklung, Erziehung und Bildung junger Menschen zu.³⁵ Dabei ließe sich die Funktion von Erziehung und Bildung aber nicht ausschließlich aus der Perspektive individueller Persönlichkeitsentfaltung und persönlicher Selbstverwirklichung bestimmen. Staatliche Erziehung in öffentlichen Schulen müsse vielmehr darauf hinwirken, dass „jene Bindungen, die eine pluralistische Gesellschaft zusammenhalten, überliefert, vermittelt und verankert werden.“ Denn eine Gesellschaft sei darauf angewiesen, „jene Orientierungen, Sinnreserven und Überzeugungen zu vermitteln und zu erneuern, die erst ein geordnetes Zusammenleben in gleicher Freiheit ermöglichen [...] Ziel staatlicher Erziehung ist damit immer auch die Vermittlung und Einübung sozialer Orientierungen und Praktiken. Die Schülerinnen und Schüler müssen zur Entwicklung einer selbstbestimmten, aber auch sozial integrierten und verantwortlichen Persönlichkeit angeleitet werden.“³⁶ Diese Erziehung zur Freiheit verlange „einer vorschnellen Festlegung auf bestimmte Lebensformen und Rollenmodelle entgegenzuwirken, um so die kognitiven und ethischen Voraussetzungen für ein Leben in Selbstbestimmung und Gleichberechtigung zu schaffen.“ Dieses Erziehungsziel werde beeinträchtigt, „wenn das schulische Leben von Manifestationen partikulärer und

³² *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 30.

³³ a. a. O., S. 31.

³⁴ Art. 7 Abs. 1 GG sei vielmehr vor dem Hintergrund des Weimarer Schulkompromisses zu verstehen, nach welchem die konkrete Ausgestaltung des Schulauftrags im Lichte föderaler Prinzipien nur folgerichtig gewesen sei, vgl. *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 17.

³⁵ Ebda.

³⁶ a. a. O., S. 18.

dichter Lebensformen übermäßig beeinflusst (oder gar geprägt und dominiert)“ würde.³⁷ Die Schule müsse deshalb der Ort sein, wo nicht nur die Vielfalt der Lebensformen gelebt, sondern auch dem Umstand Rechnung getragen würde, dass „Lebensformen vom Menschen gewählt (und nicht von der Umgebung vorgegeben) werden müssen.“³⁸ Deshalb könne in der Schule nicht hingenommen werden, dass Kindern eine Lebensform vorgegeben werde, die nicht auf einer selbstständigen Reflexion über die Richtigkeit der eigenen Lebensform beruhe, sondern sich als eine Vor-Entscheidung anderer darstelle.³⁹ Hierin bestünde die verfassungsrechtliche Rechtfertigung, äußere Manifestationen partikularer Lebensformen aus dem Schulalltag fernzuhalten. Dies gelte umso mehr für solche Manifestationen, die zu einer Differenzierung von Mann und Frau führten.⁴⁰

b. Keine Einschränkung durch Art. 4 Abs. 1, 2 GG (negative Religionsfreiheit)

Dass der öffentliche Raum bzw. die Schule *per se* von religiösen Bekenntnissen freizuhalten sei, findet im Grundgesetz und in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung keine Stütze.⁴¹ Die in Art. 4 Abs. 1, 2 GG garantierte Religionsfreiheit unterliegt nämlich allein sog. verfassungsimmanenten Schranken wie z. B. den Grundrechten Dritter oder Rechtsgütern von Verfassungsrang.⁴² Für den Bereich der Schule bedeutet dies, dass Manifestationen weltanschaulicher oder religiöser Lebensformen nur dort eine Grenze finden können, wo dies zu Konflikten führt. Dieser Konflikt kann aber nicht im bloßen Anblick oder der bloßen Präsenz kopftuchtragender Schülerinnen bestehen. So hat auch das BVerfG bereits 2015 entschieden, dass es aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG und Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG keinen Abwehranspruch anderer Schülerinnen und Schüler bzw. ihrer Eltern gegenüber kopftuchtragenden Schülerinnen gibt.⁴³ Nur wenn sich staatliche Stellen mit religiösen Äußerungen Dritter identifizieren, und Schülerinnen und Schüler mit derartigen Äußerungen konfrontieren oder diese gegenüber anderen religiösen Äußerungen herausheben, kann die negative

³⁷ *Nettlesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 32.

³⁸ *Ebda.*

³⁹ *Ebda.*

⁴⁰ a. a. O., S. 33.

⁴¹ *Hecker*, Renaissance der Kopftuchdebatte – Kopftuch bei Kindern, ZRP 2019, 151, (152).

⁴² BVerfG, NJW 2015, 1359 Rn. 98; BVerfGE 28, 243 (260) = NJW 1970, 1729; BVerfGE 93, 1 (21) = NJW 1995, 2477; BVerfGE 108, 282 (297) = NJW 2003, 3111.

⁴³ allgemein als negative Komponente der Religionsfreiheit bezeichnet, siehe *Herzog*, GG, Art. 4, Rn. 78, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 87. EL März 2019; BVerfG, Beschl. v 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 = NJW 2015, 1359, Rn. 104 f.

Religionsfreiheit der anderen Schüler berührt sein.⁴⁴ Genauso wenig wie das Grundgesetz den Einzelnen *per se* vor den (Meinungs-) Äußerungen Anderer schützt, gewährt es einen Schutz vor der Konfrontation mit religiösen Bekundungen.⁴⁵

c. keine Einschränkung durch die staatliche Neutralität

Auch die Neutralität der Schule oder des Staates wird durch kopftuchtragende Schülerinnen nicht in Frage gestellt. Zu den tragenden Grundsätzen des Religionsverfassungsrechts gehört zwar die religiös weltanschauliche Neutralität des Staates, welche auf die Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV gestützt wird und wonach sich der Staat nicht mit einer bestimmten Religionsgemeinschaft identifizieren darf.

Gleichwohl entspricht dieses Neutralitätsgebot nicht einem Gebot der Entfernung jeglicher Religion(en) aus dem öffentlichen Raum im Sinne einer laizistischen Verfassung wie der französischen.⁴⁶ Der Staat des Grundgesetzes hat nämlich⁴⁷ eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse fördernde Haltung einzunehmen. Zwar enthielt die Entscheidung des Zweiten Senats zum Kopftuchverbot für Lehrerinnen aus dem Jahr 2003 noch einige Ausführungen, die als vorsichtiges Abrücken von dem Grundsatz der offenen, positiven Neutralität des Staates gedeutet werden könnte.⁴⁸ Mit der Entscheidung des Ersten Senats aus dem Jahr 2015 dürfte einer so verstandenen Fortentwicklung des Neutralitätsgebots jedoch der heuristische Boden entzogen sein, wonach die dem Staat gebotene weltanschaulich-religiöse Neutralität eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung ist und wonach Art. 4 Abs. 1, 2 GG gebietet, den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf religiösem Gebiet zu sichern. Ausdrücklich hebt der Senat die Geltung dieser Grundsätze auch für den Bereich der Schule hervor.⁴⁹ Schon gar nicht folgt aus dem Neutralitätsgebot, dass religiöse Bekenntnisse

⁴⁴ BVerfGE 108, 282 (302).

⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 27.06.2017 - 2 BvR 1333/17, Rn. 52.

⁴⁶ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 142 ff.

⁴⁷ anders als z. B. in der Türkischen Verfassung, vgl. EGMR (Große Kammer), Urt. v. 01.07.2014 - 43835/11 (*SAS v. Frankreich*), Rn. 135 = NJW 2014, 2925.

⁴⁸ „Der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel kann Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule sein.“, BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02 = NJW 2003, 3111, (3115).

⁴⁹ BVerfG, NJW 2015, 1359 Rn. 111 f.

tendenziell auf den privatpersönlichen Bereich zu begrenzen wären. Die Ausschaltung aller weltanschaulich-religiösen Bezüge in der Schule würde u. U. bestehende weltanschaulichen Differenzen und Gegensätze unter den Schülern nicht neutralisieren, sondern einseitig die Bekenntnisfreiheit einzelner Gläubiger beeinträchtigen. Dies erscheint besonders vor dem Hintergrund problematisch, dass Schülerinnen anders als Lehrerinnen nicht in einem Näheverhältnis zum Staat stehen und damit gar nicht grundgesetzlich an das Neutralitätsgebot gebunden sein können.

d. keine Einschränkung durch Art. 7 Abs. 1 GG

Grundsätzlich kann ein Eingriff in die Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG zur Erfüllung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags aus Art. 7 Abs. 1 GG gerechtfertigt sein, handelt es sich hierbei nämlich um einen Auftrag von Verfassungsrang.

aa. keine Störung des Schulfriedens

Die Erfüllung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages nach Art. 7 Abs. 1 GG setzt voraus, dass der Schulfrieden gewahrt ist.⁵⁰ Hiermit wird grundsätzlich ein Zustand der Konfliktfreiheit und -bewältigung verbunden, der den ordnungsgemäßen Unterrichtsablauf ermöglicht, damit der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag verwirklicht werden kann. Dabei reicht jedoch eine bloße abstrakte Gefahr nicht aus. Denn Grundrechte können nicht auf einen nur möglichen Verdacht hin zurücktreten. Dies ist erst dann der Fall, wenn für eine Gefahr konkrete und sichere Anhaltspunkte vorliegen und ihr auf andere Weise nicht abzuwehren ist. So verlangt auch das BVerfG eine auf hinreichende Tatsachen gestützte konkrete Gefahr („substanzielle Konfliktlage“) für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität, um einen Eingriff in die die Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG zu rechtfertigen.⁵¹ Die Verfassungsbeschwerden richteten sich mittelbar gegen schulgesetzliche Bestimmungen des Landes Nordrhein-Westfalen, wonach Lehrerinnen und Lehrer in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußere Bekundungen abgeben durften, die geeignet seien, die Neutralität des Landes gegenüber Schülerinnen und Schülern sowie Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören; „insbesondere“ sei „„ein äußeres Verhalten unzulässig, welches

⁵⁰ BVerfGE 108, 282, (303).

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 27.01.2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 = NJW 2015, 1359, (1364), Rn. 114.

bei Schülerinnen und Schülern oder den Eltern den Eindruck hervorrufen könnte, dass eine Lehrerin oder ein Lehrer gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt“. Das BVerfG hat diese Regelung für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt. Zwar räumte das BVerfG ein, dass das Einbringen religiöser oder weltanschaulicher Bezüge in Schule und Unterricht durch pädagogisches Personal den in Neutralität zu erfüllenden staatlichen Erziehungsauftrag, das elterliche Erziehungsrecht und die negative Glaubensfreiheit der Schüler beeinträchtigen könnte.⁵² Die bloße abstrakte Gefahr einer Beeinträchtigung vermag nach Auffassung des BVerfG jedoch ein Verbot selbst gegenüber Lehrerinnen nicht zu rechtfertigen.⁵³ *A maiore ad minus* muss dies erst recht für Schülerinnen gelten, die nicht dem staatlichen Neutralitätsgebot unterliegen. Zusätzlich ist nicht ersichtlich, wie eine kopftuchtragende Schülerin allein durch ihr Bekenntnis in Form des Kopftuchtragens den Schulfrieden stören sollte.

Kommt es in der Schule zu konkreten religiösen Konflikten zwischen Schülerinnen und Schülern, die z. B. in Form von Mobbing, Beleidigungen und Beschimpfungen ausgetragen werden,⁵⁴ dürfte hierin zwar eine konkrete Gefahr für den Schulfrieden und eine Rechtfertigung für Eingriffe in Art. 4 Abs. 1, 2 GG gesehen werden, gleichwohl müsste auch in diesem Fall im Sinne des Gefahrenabwehrrechts zunächst gegen den jeweiligen Störer vorgegangen werden, da nicht derjenige den Schulfrieden stört, der nur von der ihm im Grundgesetz gewährten Glaubensfreiheit Gebrauch macht, sondern derjenige, der hieran Anstoß nimmt.⁵⁵ Erst wenn ein Vorgehen gegen diesen Störer keine Aussicht auf Erfolg verspricht, kann in die Religionsfreiheit des nichtstörenden Schülers eingegriffen werden.⁵⁶ Ein pauschales Kopftuchverbot für Schülerinnen und damit ein generelles Zurücktreten der Religionsfreiheit zum Schutz des Schulfriedens ließe sich somit selbst vor dem Hintergrund konkreter Gefahren nicht rechtfertigen.

⁵² BVerfG, Beschl. v. 27.01.2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 = NJW 2015, 1359, (1364), Rn. 103.

⁵³ Ebda.

⁵⁴ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.05.2010 – 3 B 29/09 = NVwZ 2010, 1310; BVerwG, Urt. v. 30.11.2011 – 6 C 20/10 (OVG Berlin-Brandenburg) = NVwZ 2012, 162.

⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 30.11.2011 – 6 C 20/10 (OVG Berlin-Brandenburg) = NVwZ 2012, 162, (167), Rn. 54.

⁵⁶ a. a. O., Rn. 55.

bb. keine Beeinträchtigung konkreter Bildungs- und Erziehungsziele

Zugleich beeinträchtigen kopftuchtragende Schülerinnen nicht die staatlichen Bildungs- und Erziehungsziele i. S. d. Art. 7 Abs. 1 GG, weil die Lehrerinnen und Lehrer durch die bloße Anwesenheit kopftuchtragender Schülerinnen bereits nicht an ihren Bemühungen gehindert werden dürften, auf die Kinder im Sinne irgendwelcher Erziehungsziele einzuwirken.

Darüber hinaus überhöht *Nettesheim* materiell den staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 7 Abs. 1 GG, soweit er hieraus ein Kopftuchverbot für Schülerinnen ableitet,⁵⁷ da bereits der Umfang des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages in der Schule umstritten sein dürfte⁵⁸ und Art. 7 Abs. 1 GG nur festlegt, dass der Staat (und nicht die Kirche) die Aufsicht über das gesamte Schulwesen ausübt.⁵⁹ Konkrete Erziehungsziele wie die von *Nettesheim* angenommene Erziehung zur Freiheit,⁶⁰ lassen sich Art. 7 Abs. 1 GG gerade nicht entnehmen. Zuzugeben ist, dass Art. 7 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 70 GG den Ländern die Kompetenz zuweist, den staatlichen Erziehungsauftrag mit konkreten Bildungs- und Erziehungszielen auszufüllen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die von den Bundesländern zu übernehmenden Normierungen von Erziehungszielen in den jeweiligen Schulgesetzen und Landesverfassungen keinen Verfassungsrang aufweisen und damit keine verfassungsimmanente Schranke darstellen, die einen Eingriff in Art. 4 Abs. 1, 2 GG rechtfertigen können.⁶¹ Diese Schlussfolgerung lässt sich auch nicht dadurch vermeiden, dass den Erziehungszielen als Rahmen Verfassungsrang zugeschrieben wird.

Die Kompetenzvorschrift des Art. 7 Abs. 1 GG hat allein den Sinn, die Handlungsbereiche des Staates von denen der Gesellschaft bzw. der Kirche abzugrenzen.⁶² Ihr normativer Gehalt erschöpft sich folglich darin, dass in dem von ihr benannten Bereich des Schulwesens das

⁵⁷ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 3.

⁵⁸ vgl. *Dittmann* VVDStRL 54 (1995), S. 47; *Thiel*, Der Erziehungsauftrag des Staates 2000, S. 86 ff.

⁵⁹ *Moir*, Auf dem Weg zum selektiven Grundrechtsschutz, Anmerkungen zum Gutachten von Prof. Dr. Martin Nettesheim zum „Kinderkopftuchverbot“, Verfassungsblog, 04.09.2010, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/auf-dem-weg-zum-selektiven-grundrechtsschutz/> (zuletzt abgerufen am 31.10.2019).

⁶⁰ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 32.

⁶¹ So auch: *Moir*, Auf dem Weg zum selektiven Grundrechtsschutz, Anmerkungen zum Gutachten von Prof. Dr. Martin Nettesheim zum „Kinderkopftuchverbot“, Verfassungsblog, 04.09.2010, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/auf-dem-weg-zum-selektiven-grundrechtsschutz/> (zuletzt abgerufen am 31.10.2019). Zu den Möglichkeiten einfachgesetzlicher Einschränkungen von Grundrechten, siehe S. 6

⁶² Siehe S. 15.

Handeln der Staatsgewalt grundsätzlich erlaubt ist. Darin und nur darin liegt ihr normativer Gehalt. Art. 7 Abs. 1 GG erhebt aber Gegenstände möglichen staatlichen Handelns nicht zu materiell-rechtlichen Handlungsaufträgen, die anderweitig in der Verfassung festgelegte Modalitäten oder Begrenzungen staatlichen Handelns wieder aufheben oder einschränken könnten. Wenn *Nettesheim* dieser Ermächtigungsnorm nun das Erziehungsziel der Erziehung zur Freiheit entnimmt, findet eine materielle Überhöhung und damit letztlich Umdeutung dieser Bestimmung statt. Damit würden einzelne Erziehungsziele⁶³ in ein grundsätzliches Spannungsverhältnis zu anderen Grundrechten gebracht, für deren Auflösung in Art. 7 GG keine normativen Maßstäbe vorhanden sind, zumal das BVerfG in seiner Kopftuchentscheidung aus dem Jahr 2015 ausdrücklich betont hat, dass Eingriffe, die mit der Untersagung des Tragens eines islamischen Kopftuchs oder einer anderen Kopf- und Halsbedeckung in Erfüllung eines religiösen Gebots verbunden sind, schwer wiegen.⁶⁴ Das nur durch verfassungsimmanente Schranken einschränkbare Grundrecht der Religionsfreiheit würde sich damit im Umfang der formulierten und normierten Erziehungsziele in Abwägungserwägungen auflösen, dessen Kriterien nicht mehr dem Grundgesetz allein zu entnehmen wären. Die Religionsfreiheit des Grundrechtsträgers würde dem Rechtsanwender nur noch als Einzelinteresse begegnen, dem (beliebige) Kollektivinteressen gegenübergestellt werden könnten. Damit ließen sich Einschränkungen der Religionsfreiheit durch noch so volatile und zeitbedingte Erziehungsziele unter dem Deckmantel der Verfassungsinterpretation legitimieren. Das Grundgesetz hat die Ursachen möglicher Spannungsverhältnisse der Religionsfreiheit jedoch in Art. 4 Abs. 1, 2 GG abschließend geregelt, indem es diese gerade nicht unter einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt gestellt hat.

Ungeachtet dessen sind staatliche Erziehungsziele in der Schule nur insoweit statthaft, wie diese dem „ethischen Standard des Grundgesetzes“ entsprechen.⁶⁵ Dieser ethische Standard der Erziehungsziele darf hierbei insbesondere nicht auf den Bestand überlieferter, weltanschaulicher Prinzipien oder historisch gewachsener, übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen der Mehrheitsgesellschaft reduziert werden.⁶⁶ Insoweit gilt nämlich zu

⁶³ z. B. der verantwortungsbewusste Umgang mit Medien, vgl. § 2 Abs. 6 Ziff. 9 NRW-SchulG.

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.01.2015 – 1 BvR 1181/10, Rn. 95.

⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.12.1975 – 1 BvR 63/68 = NJW 1976, 947.

⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 17.12.1975 – 1 BvR 63/68 = NJW 1976, 947.

berücksichtigen, dass die Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1, 2 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG vor allem auch religiöse Minderheiten vor einer Tyrannei der Mehrheit zu schützen beabsichtigt und deshalb auch und gerade ethisch moralischen Werten der Mehrheitsgesellschaft entgegengehalten werden kann.⁶⁷ So verstanden, beschränkt sich der ethische Standard des Grundgesetzes auf das Gebot der Offenheit gegenüber dem Pluralismus weltlicher oder religiöser Anschauungen oder Überzeugungen. Der normative Gehalt des Art. 7 Abs. 1 GG beschränkt sich bezüglich der staatlichen Erziehungsziele auf die Festlegung dieses Pluralismusgebotes. Dieses Pluralismusgebot verbietet dem Staat in der Schule einerseits jegliche Form der Ideologisierung, andererseits verpflichtet es den Staat zur Erziehung zur Toleranz gegenüber anderen Menschen und Meinungen respektive gegenüber deren Überzeugungen.

Zu bedenken ist weiterhin, dass es sich bei den Erziehungs- und Bildungszielen nicht um konditionale, sondern um finale Normen handeln dürfte, d.h. die Erziehungsziele haben programmatischen Charakter und stellen als solche lediglich weiches Recht dar.⁶⁸ Nach ihrer normativen Struktur sind sie damit nicht im Sinne eines Wenn-dann-Schemas vollzugsfähig, wie dies unter Zugrundelegung der Auffassung *Nettesheims* anzunehmen wäre und ermächtigen demzufolge nicht zu repressiven Maßnahmen gegenüber kopftuchtragenden Schülerinnen im Sinne eines Kopftuchverbots. Soweit sich *Nettesheim* zur Begründung einer konditionalen Normstruktur der Erziehungsziele des *Böckenförde*-Diktum⁶⁹ bedient,⁷⁰ verkehrt er dessen Aussage in ihr Gegenteil. Denn nach *Böckenförde* führe die (staatliche) Erzwingung des für den Zusammenhalt des Staates Notwendigen in der Gesellschaft zum Verlust der Freiheit schlechthin und damit letztlich zu einem

⁶⁷ Sofern sich ein solcher überhaupt feststellen ließe.

⁶⁸ So auch *Zimmermann*, Gesetzesvorbehalt für schulordnungsrechtliche Maßnahmen gegen religiöse Äußerungen von Schülern? LKV 2010, 394, (398).

⁶⁹ „So stellt sich die Frage nach den bindenden Kräften von neuem und in ihrem eigentlichen Kern: *Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat. Es führt kein Weg über die Schwelle von 1789 zurück, ohne den Staat als die Ordnung der Freiheit zu zerstören.“, *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 112 f.

⁷⁰ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 13.

Totalitätsanspruch des Staates.⁷¹ Böckenfördes Ausführungen liegt damit eine tiefergehende Skepsis gegenüber der Möglichkeit einer rechtlichen Regulierung der Gesellschaft zugrunde, die den Ausführungen *Nettesheims* geradezu diametral entgegenstehen.

Selbst wenn man annehmen wollte, dem Art. 7 Abs. 1 GG sei (unmittelbar) das Verfassungsgut „Erziehung zur Freiheit“ zu entnehmen, stellt sich unweigerlich die Frage, warum das Kopftuch diesem Ziel entgegenstehen sollte. Nach *Nettesheim* sei dies der Fall, weil sich in dem Kopftuch der „Versuch einer Prägung noch unreifer Kinder ausdrücken“ würde und kopftuchtragenden Kindern damit eine „dichte Lebensform vorgegeben“ werde, „die nicht auf einer selbstständigen Reflexion über die Richtigkeit der eigenen Lebensform beruht, sondern sich als eine Vor-Entscheidung anderer darstellt.“⁷² Das staatliche Erziehungsziel einer Erziehung zur Freiheit ließe sich aber nach Auffassung *Nettesheims* nicht verwirklichen, wenn sich im schulischen Leben nicht ausdrücke, „dass die Wahl der eigenen Lebensform in der pluralistisch-freiheitlichen Gesellschaft aufgegeben – und nicht vorentschieden – ist.“⁷³ Hiermit aktualisiert *Nettesheim* wie schon bei der Frage nach der Reichweite des persönlichen Schutzbereichs des Art. 4 Abs. 1, 2 GG stereotype Vorstellungen über die Symbolik und Suggestivkraft einer kopftuchtragenden Schülerin. Soweit eine solche Symbolik von Unfreiwilligkeit und geschlechtsspezifischer Diskriminierung mit dem Kopftuch verbunden wird, bezeugt dies allein die Voreingenommenheit des Betrachters⁷⁴ und lässt sich weder empirisch noch unter Berücksichtigung der Auffassung der betroffenen Religionsgemeinschaft in dieser Pauschalität aufrechterhalten.⁷⁵

e. das elterliche Erziehungsrecht gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Schon gar nicht überzeugen die Ausführungen *Nettesheims* bzgl. der „Vor-Entscheidung“ der Lebensform vor dem Hintergrund des elterlichen Erziehungsrechts, wie es in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ebenfalls grundgesetzlich gewährleistet wird. Nach der Logik *Nettesheims*, ließen sich Eingriffe in Art. 4 Abs. 1, 2 GG durch Art. 7 Abs. 1 GG (Erziehung

⁷¹ Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Rechtsstaat der Gegenwart (1972), in: Recht, Staat, Freiheit, 2006, S. 209 ff.

⁷² *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 32.

⁷³ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 32 f.

⁷⁴ und seiner Auftraggeber

⁷⁵ Zentralrat der Muslime in Deutschland e.V., Grundsatzpapier zur Kopftuchdebatte v. 23.10.2003, abrufbar unter: <http://zentralrat.de/2652.php>, zuletzt abgerufen am: 31.10.2019.

zur Freiheit) dann rechtfertigen, wenn Eltern von ihrem Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG Gebrauch machten. Dabei ist nicht einzusehen, wie eine vom Grundgesetz gewährte Freiheit (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) zugleich die Rechtfertigung für einen Eingriff in dieses Recht (Art. 4 Abs. 1, 2 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) begründen sollte. Aus dem Elternrecht des Art. 6 II 1 GG erwächst nach Rechtsprechung und herrschender Meinung in der verfassungsrechtlichen Literatur nämlich ein weitreichendes Bestimmungsrecht der Eltern, welches nicht nur die Bestimmung des Wohnorts und des Bildungsgangs eines Kindes umfasst, sondern auch die Auswahl und den Inhalt von Erziehungszielen.⁷⁶ Demzufolge können Eltern nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ihre Kinder gemäß ihren Vorstellungen erziehen, einschließlich der Hinwirkung auf das Tragen weltanschaulich oder religiös geprägter Kleidungsstücke.⁷⁷ Die im Zusammenhang mit dem Kinderkopftuch oft zu vernehmende Kritik, Kindern sollte nicht der eigene Glaube aufgedrängt werden, verkennt die verfassungsrechtliche Weite des Elternrechts gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, welches nur durch das Wohl des Kindes begrenzt wird. Hierbei ist zu beachten, dass Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG mit der Formulierung, dass Pflege und Erziehung der Kinder „zuvörderst“ den Eltern übertragen sind, der elterlichen Definitions- und Interpretationsmacht einen Vorrang gegenüber anderen Erziehungsträgern und namentlich dem Staat einräumt (Interpretationsprimat).⁷⁸ Diese elterliche Entscheidungsprärogative darf der Staat (im Sinne eines negativen Standards) nur korrigieren, wenn das Kindeswohl z. B. dadurch gefährdet wird, dass die gesundheitlichen Entwicklungschancen des Kindes in unvertretbarer Weise beeinträchtigt werden. Danach bedürfen selbst gesundheitsrelevante Entscheidungen der Eltern keiner Korrektur durch den Staat, sondern erst dann, wenn diese evident dem Kindeswohl zuwiderlaufen. Das Grundgesetz definiert gerade keinen positiven Standard im Sinne einer einzig „richtigen“ Erziehung, sondern lässt mit der Anerkennung des Elternrechts eine Pluralität von (ggf. religiös motivierten) Erziehungsstilen zu, die verfassungsrechtlich hinzunehmen sind. Damit dürfte die Grenze der Überschreitung des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nur dann erreicht sein, wenn dem Kind durch das Tragen des Kopftuchs schwere gesundheitliche oder gewichtige die Persönlichkeitsentwicklung störende Nachteile

⁷⁶ BeckOK GG/Uhle, 41. Ed. 15.11.2018, Art. 6 Rn. 53.

⁷⁷ BeckOK GG/Germann, 41. Ed. 15.5.2019, Art. 4 Rn. 24.6; Unruh, Religionsverfassungsrecht, Rn. 71 ff.

⁷⁸ BVerfGE 4, 52 (56) = NJW 1954, 1751; BVerfGE 24, 119, (135) = NJW 1968, 2233; BVerfGE 56, 363, (376 f.) = NJW 1981, 1201; BVerfGE 60, 79, (88) = NJW 1982, 1379; BVerfGE 103, 89, (108) = NJW 2001, 957.

erkennbar sind. Die Tatsache, dass kopftuchtragende Kinder dieses Glaubensgebot möglicherweise unreflektiert von ihren Eltern übernehmen, dürfte hierzu nicht zu zählen sein. Soweit die Persönlichkeitsentwicklung der kopftuchtragenden Schülerin in der Schule durch Mobbing oder Diffamierungen anderer Schüler ernsthaft gefährdet sein sollte, dürfte auch in diesem Fall das im Rahmen der Störung des Schulfriedens zur Störerauswahl Ausgeführte entsprechend gelten.⁷⁹

f. Unverhältnismäßigkeit eines Kopftuchverbots

Ein pauschales Kopftuchverbot für Schülerinnen wäre zudem auch unverhältnismäßig.

Soweit *Nettesheim* ein gesetzliches Kopftuchverbot deshalb für geboten erachtet, um Mobbing und soziale Ausgrenzung abzuwehren und um damit letztlich gesellschaftliche Teilhabe der Schülerinnen zu ermöglichen⁸⁰, ist nicht ersichtlich, warum hierzu vorrangig kopftuchtragende Schülerinnen und nicht diejenigen in Anspruch genommen werden sollten, welche durch ihr Verhalten die Integration kopftuchtragender Schülerinnen in Frage stellen. Schließlich ist nicht einzusehen, womit der Vorrang repressiver Maßnahmen wie einem pauschalen Kopftuchverbot gegenüber präventiven, pädagogischen Maßnahmen zu rechtfertigen wäre. So wären die Lehrerinnen und Lehrer bzw. die Schulverwaltung im Fall der Ausgrenzung muslimischer Schülerinnen zunächst gehalten, bei religiös motivierten Konflikten in der Schule mit erzieherischen Mitteln gegenzusteuern. Vergleichbar hat auch das BVerfG ausgeführt, dass ein tolerantes Miteinander mit Andersgesinnten am nachhaltigsten durch Erziehung eingeübt werde.⁸¹

IV. Unvereinbarkeit eines Kopftuchverbots mit Art. 3 Abs. 1 GG

Ein pauschales Kopftuchverbot verstieße zudem gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sowie wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.⁸² Dabei bewirkt eine gesetzliche Regelung nicht erst dann eine Ungleichbehandlung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG, wenn sie bereits im Gesetzeswortlaut zwischen verschiedenen religiösen Bekenntnissen unterscheidet – also etwa die Verwendung

⁷⁹ Siehe S. 15.

⁸⁰ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 33.

⁸¹ BVerfGE 108, 282, (310) = NJW 2003, 3111 = NVwZ 2003, 1248 L.

⁸² BVerfGE, Beschl. v. 19.06.2012 – 2 BvR 1397/09 = NVwZ 2012, 1304, Rn. 54.

eines Kopftuchs in der Schule ausdrücklich untersagt, andere religiöse Symbole dagegen zulässt, sondern auch in dem Fall, dass sie zwar formal unterschiedslos für alle religiösen Bekundungen gilt, sich aber faktisch nur zu Lasten bestimmter religiöser Überzeugungen und Bekundungen, namentlich des Kopftuchs, auswirkt.⁸³ Ein Kopftuchverbot wäre daher jedenfalls dann unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG, wenn nicht zugleich auch alle anderen religiösen Symbole in der Schule untersagt würden. Diese Auffassung teilt offenbar selbst Nettesheim⁸⁴. Unabhängig von der Frage der Vereinbarkeit eines Kopftuchverbotes mit dem Grundgesetz drängt sich damit auch die Frage nach dem Geschichtsbewusstsein derjenigen auf, die entsprechende Forderungen erheben - und unabhängig davon jedenfalls die Tatsache der politischen Undurchsetzbarkeit solcher Forderungen. Denn ein Verbot des Tragens etwa der Kippa ist in Deutschland schon aus historischen Gründen geradezu unvorstellbar.

Entgegen Nettesheim wäre ein Verbot religiöser Symbole aber auch dann unvereinbar mit dem allgemeinen Gleichheitssatz, wenn nicht andere „Manifestationen partikularer Lebensformen“ ebenfalls verboten würden. Soweit *Nettesheim* hier meint, die Ungleichbehandlung gegenüber Trägern nicht religiös konnotierter Kleidung ließe sich unproblematisch als verhältnismäßig rechtfertigen, weil damit partikuläre Lebensformen zurückgedrängt würden, die dem Ziel einer Erziehung zur Freiheit zuwiderliefen⁸⁵, verkennt er, dass auch die hierfür eingesetzten Mittel gleichheitskonform sein müssten. Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn auch andere „Manifestationen partikularer Lebensformen [...] gleichmäßig“⁸⁶ zurückgedrängt würden, was bei einem Verbot beschränkt auf das Tragen von Kopftüchern oder anderen religiösen Bekundungen nicht gewährleistet wäre. Weil es sich bei dem allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG um ein vorbehaltlos gewährleistetetes Grundrecht handelt, kommen auch hier für eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nur Rechtsgüter von Verfassungsrang in Betracht, die bereits im

⁸³ Dass auch mittelbare Ungleichbehandlungen von Art. 3 Abs. 1 GG erfasst werden, wurde vom BVerfG mit Beschl. v. 19.06.2012 - 2 BvR 1397/09 = NVwZ 2012, 1304, Rn. 63 ff. bestätigt.

⁸⁴ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 38.

⁸⁵ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 38.

⁸⁶ *Nettesheim*, Gutachten v. 29.08.2019, S. 14.

Zusammenhang mit dem Eingriff in Art. 4 Abs. 1, 2 GG erörtert wurden⁸⁷ und einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ebenfalls nicht zu rechtfertigen vermögen.

V. Ergebnis

Ein pauschales Kopftuchverbot für Schülerinnen wäre mit Art. 4 Abs. 1, 2 GG, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG unvereinbar und damit unzulässig. Auch Grundschülerinnen können sich auf die Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1, 2 GG berufen, wobei es auf die Motive des Kopftuchtragens nicht ankommt. Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob das Tragen des Kopftuchs auf dem elterlichen Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG beruht. Kopftuchverbote lassen sich nicht mit Art. 7 Abs. 1 GG rechtfertigen, da die Erziehungsziele keinen Verfassungsrang einnehmen und aufgrund ihrer finalen Normstruktur materiell nicht durchsetzbar sind. Darüber hinaus begründen kopftuchtragende Schülerinnen keine konkrete Gefahr für den Schulfrieden oder andere Rechtsgüter von Verfassungsrang. Repressive Kopftuchverbote sind gegenüber präventiven pädagogischen Maßnahmen subsidiär.

Soweit das Verbot nur das Tragen eines Kopftuches und nicht auch andere religiöse Symbole sowie andere „Manifestationen partikularer Lebensformen“ umfassen würde, wäre das Kopftuchverbot zudem auch mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

⁸⁷ Siehe Ziff. III. 4.