

Methodik ÖR

Klausur

Prof. Dr. Monika Polzin* und Rechtsreferendarin Katharina Doll, M.Sc

Der Gesichtsschleier in der Schule

<https://doi.org/10.1515/jura-2017-0279>

Die vorliegende Klausur betrifft die zunehmend praxis- und daher auch (Examens-) klausurrelevante Problematik, ob eine Schule das Recht hat, eine Schülerin mit einem Gesichtsschleier vom Unterricht bzw. der Schule auszuschließen. Sie beruht auf aktuellen Entscheidungen des BayVGH vom 22. 04. 2014 und des VG Osnabrück vom 22. 08. 2016.

SACHVERHALT

Die 18jährige A ist deutsche Staatsangehörige und gläubige Muslimin. Im März 2016 bewirbt sie sich für die Vorklasse der Staatlichen Berufsoberschule Regensburg (im Folgenden: »BOS«) deren Träger der Freistaat Bayern ist. Sie reicht dazu unter anderem einen Lebenslauf mit einem Foto ein, auf dem sie mit Kopftuch abgebildet ist. Zum Schuljahresbeginn im September 2016 erscheint A mit einem gesichtsverhüllenden Schleier (sog. Niqab) zum Unterricht. Mehrere Lehrer beschwerten sich daraufhin Anfang Oktober beim Schulleiter, dass es nicht möglich sei, eine Schülerin mit Gesichtsschleier erfolgreich zu unterrichten. Daraufhin hört der Schulleiter die A am 18. 10. 2016 zu der Problematik an. Er fordert sie auf, zum Unterricht künftig ohne Gesichtsschleier zu kommen, und setzt ihr eine Frist bis 25. 10. 2016, um Stellung zu nehmen und sich zu entscheiden. Zum Abschluss des Gesprächs weist er A darauf hin, dass er sonst die Aufnahme in die Vorklasse der BOS widerrufen werde. In der folgenden Woche besucht A den Unterricht weiterhin mit Niqab. In einem Telefonat teilt sie dem Schulleiter am 24. 10. 2016 ihre Entscheidung mit. Sie wolle auch in Zukunft mit einem Gesichtsschleier am Unterricht teilnehmen und beruft sich auf die Religionsfreiheit. Am 31. 10. 2016 erlässt der Schulleiter einen Bescheid, in dem er die rechtmäßige Aufnahme in die BOS widerruft und die sofortige Vollziehung anordnet. Dabei führt er aus, dass

von Anfang an ein Unterrichtshindernis vorgelegen habe. Als Schulleiter prüfe er die Bewerbungen von Schülern dahingehend, ob sie die Voraussetzungen für die Aufnahme erfüllen. Danach wäre A niemals in die Vorklasse der BOS aufgenommen worden, denn nach dem BayEUG hätten Schüler die Pflicht, alles zu unterlassen, was den Schulbetrieb oder die Ordnung der Schule stören könnte (Art. 56 IV 3 BayEUG). Nur so könne der staatliche Erziehungsauftrag gem. Art. 7 I GG gewährleistet werden. Ein geordneter Unterrichtsbetrieb sei mit A nicht möglich. Zum einen sei es praktisch unmöglich, mündliche Prüfungsleistungen der A zu bewerten und Betrug bei der Anfertigung von schriftlichen Klausuren zu verhindern. Andererseits sei auch der Unterricht selbst erheblich erschwert: Es finde an der Schule kein Monolog des Lehrers statt, sondern ein offenes Unterrichtsgespräch. Kommunikation schließe auch die nonverbale Kommunikation (Gestik, Mimik und Körpersprache) ein. Damit sei der pädagogische Auftrag des Unterrichts nicht zu erfüllen. Mildere Mittel gebe es nicht und Ordnungsmaßnahmen nach Art. 86 BayEUG seien nicht erfolgversprechend, da A sich kompromisslos verhalten hätte. Abschließend führt der Bescheid aus, dass, was unstrittig ist, A nicht schulpflichtig sei und ihr andere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, das Abitur zu erwerben, wie etwa das Online-Angebot der Virtuellen Berufsoberschule Bayern. Der Bescheid geht A als Einschreiben mit Rückschein am 02. 11. 2016 zu. Nachdem A am 04. 11. 2016 erneut mit Niqab zum Unterricht erscheint, weist der Schulleiter sie auf den Sofortvollzug des Bescheids hin. Er stellt ihr aber in Aussicht, eine Wiederaufnahme an die Schule zu prüfen, wenn sie sich zum Ablegen des Gesichtsschleiers entschließen sollte.

Am 07. 11. 2016 stellt A beim Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gegen den Bescheid vom 31. 10. 2016. Das Tragen des Gesichtsschleiers sei der Kern ihrer religiösen Identität; daher spiele es keine Rolle, ob der Islam den Gesichtsschleier zwingend vorschreibe. Sie sei auch bereit, sich durch Vorlage ihres Ausweises bei einer weiblichen Vertrauensperson im Sekretariat oder vor Prüfungen auszuweisen. Bei einer Klassenstärke von dreißig Schülern könne die Lehrkraft sich ohnehin nicht auf die Gestik und Mimik einzelner Schüler konzentrieren. Als mildere Maß-

***Kontaktperson: Monika Polzin**, die Autorin ist Juniorprofessorin für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im Völkerrecht an der Universität Augsburg.

Katharina Doll, die Autorin ist Wissenschaftliche Hilfskraft bei Frau Prof. Dr. Polzin.

nahme hätte hier eine Ordnungsmaßnahme verhängt werden können.

Hat der Rechtsbehelf der A Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk: Von der Zulässigkeit der Klage im Hauptsacheverfahren ist auszugehen. Weiterhin ist die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit von Art. 56 IV BayEUG zu unterstellen.

Art. 56 BayEUG. Rechte und Pflichten¹

(4) ¹Alle Schülerinnen und Schüler haben sich so zu verhalten, dass die Aufgabe der Schule erfüllt und das Bildungsziel erreicht werden kann. ² (...) ³Die Schülerinnen und Schüler haben alles zu unterlassen, was den Schulbetrieb oder die Ordnung der von ihnen besuchten Schule oder einer anderen Schule stören könnte. (...)

Art. 86 BayEUG. Ordnungsmaßnahmen als Erziehungsmaßnahmen

(1) Zur Sicherung des Bildungs- und Erziehungsauftrags (...) können nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Ordnungsmaßnahmen gegenüber (...) Schülern getroffen werden, soweit andere Erziehungsmaßnahmen nicht ausreichen.

(2) ¹Ordnungsmaßnahmen sind:

1. der schriftliche Verweis,
2. der verschärfte Verweis,
- (...)

9. die Entlassung von der Schule durch die Lehrerkonferenz (Art. 87),

(...)

(7) (...), Ordnungsmaßnahmen nach Abs. 2 S. 1 Nrn. 6 bis 10 sind nur zulässig, wenn (...) der Schüler durch schweres oder wiederholtes Fehlverhalten die Erfüllung der Aufgabe der Schule oder die Rechte anderer gefährdet hat.

(...)

§ 26 FOBOSO. Aufnahmeverfahren

(1) ¹Die Aufnahme erfolgt zu Beginn des Schuljahres; (...) ⁵Über die Aufnahme entscheidet die Schulleiterin oder der Schulleiter.

(2) (...)

¹ Vgl. ähnlich § 23 II SchG BW, § 46 II 3 SchulG BE, § 44 III BbgSchulG, § 69 IV HSchG, § 53 II SchulG M-V, § 42 III SchulG NRW, § 30 IV SchoG SL, § 32 II SchulG SN, § 30 I, III ThürSchulG. Nur eine Pflicht zur Teilnahme und Mitwirkung am Unterricht regeln § 55 I, VIII BremSchulG, § 28 II HmbSG, § 58 NSchG, § 64 I SchulG RP, § 11 II, III SchulG SH. Das SchulG LSA regelt nur Ordnungsmaßnahmen (§ 44 SchulG LSA).

§ 31 FOBOSO. Aufnahme in die Vorklasse der Berufsoberschule

(1) ¹Die Aufnahme in die Vorklasse der Berufsoberschule gemäß Art. 17 II 3 BayEUG setzt den Nachweis eines mittleren Schulabschlusses gemäß Art. 25 I 2 Nrn. 2 bis 4 BayEUG und die notwendige und entsprechende berufliche Vorbildung nach § 28 II und III voraus. ²In die Vorklasse kann auch aufgenommen werden, wer einen mittleren Schulabschluss nach Art. 25 I 2 Nr. 1 oder ohne das Fach Mathematik nach Art. 25 I 2 Nr. 5 BayEUG erworben hat und die notwendige und entsprechende berufliche Vorbildung nach § 28 II und III besitzt. ³Ein mittlerer Schulabschluss nach Art. 25 I 1, 2 Nr. 5 oder II BayEUG darf im Übrigen nicht vorliegen; die Schulleiterin oder der Schulleiter kann in besonderen Fällen Ausnahmen zulassen.

(...) (3) Im Übrigen gelten die Bestimmungen über Anmeldung und Aufnahme gemäß §§ 25, 26 und 28 mit Ausnahme des § 28 IV entsprechend; § 56 IV 1 bleibt unberührt.

LÖSUNG

Der Rechtsbehelf der A hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit des Antrags, § 80 I, V VwGO

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und zuständiges Gericht

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 I 1 VwGO eröffnet. Das zuständige Gericht ist das Gericht der Hauptsache, § 80 V 1 VwGO.² Dieses ist gemäß §§ 45, 52 Nr. 3 S. 1 VwGO (i. V. m. Art. 1 II Nr. 2 BayAGVwGO) das VG Regensburg.

II. Statthaftigkeit des Antrags, § 80 V VwGO

Der Antrag müsste gemäß § 80 V VwGO statthaft sein. Die statthafte Antragsart bestimmt sich nach der Klageart in der Hauptsache: Für Anfechtungsklagen ist das Verfahren nach § 80 V VwGO statthaft, wegen der Subsidiaritätsklausel des § 123 V VwGO bei Verpflichtungs-, Leis-

² Kopp/Schenke/Schenke VwGO, 22. Aufl., § 80 Rn. 142.

tungs- und Feststellungsklagen der Rechtsschutz nach § 123 VwGO.³

In der Hauptsache ist hier die Anfechtungsklage gegen den Widerruf der Aufnahme in die Schule als Verwaltungsakt statthaft, § 42 I Var. 1 VwGO. Dem VA kommt kraft behördlicher Anordnung keine aufschiebende Wirkung zu, § 80 II 1 Nr. 4 VwGO, sodass ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 Var. 2 VwGO statthaft ist.

III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Antragsbefugt ist, wer geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen subjektiven öffentlichen Rechten verletzt zu sein, § 42 II VwGO analog.⁴ A ist Adressatin des VA,⁵ der ihre Aufnahme in die Vorklasse der BOS widerruft. Eine Verletzung von Art. 4 I, II GG erscheint möglich.

IV. Rechtsschutzbedürfnis

Es darf kein anderer, einfacherer oder besserer Weg zur Erreichung des Rechtsschutzziels vorhanden sein. Im Umkehrschluss aus § 80 VI VwGO (Ausnahmeregelung) ist kein vorheriger Antrag an die Behörde notwendig.⁶

Problematisch ist allerdings, ob die fehlende Klageerhebung in der Hauptsache das Rechtsschutzbedürfnis entfallen lässt. Einerseits wird argumentiert, dass die aufschiebende Wirkung nur wiederhergestellt werden kann, wenn diese durch Einlegung eines Rechtsbehelfs i. S. v. § 80 I 1 VwGO überhaupt besteht. Daher müsse grundsätzlich zumindest ein Widerspruch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag nach § 80 V VwGO eingelegt sein.⁷ Allerdings verkürzt diese Ansicht faktisch die Rechtsbehelfsfristen der §§ 70, 74 VwGO (Zeit zur Überlegung und Vorbereitung)⁸ und berücksichtigt nicht, dass mittlerweile in vielen Ländern (etwa in Bayern) das Widerspruchsverfahren faktisch abgeschafft wurde. Nach Art. 15 I, II BayAGVwGO i. V. m. § 68 I 2 VwGO ist ein Vorverfahren in vielen Bereichen (wie hier) nicht nur nicht erforderlich, sondern nicht statthaft. Im Fall des Widerspruchs ist der

Antrag nach dem eindeutigen Wortlaut des § 80 V 2 VwGO bereits vor Einlegung des Widerspruchs und vor der Klageerhebung zulässig.⁹ Effektiver Rechtsschutz nach Art. 19 IV GG gebietet es dann, die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nicht von der Einlegung eines Rechtsbehelfs abhängig zu machen.¹⁰ (A. A. mit entsprechender Begründung vertretbar, dann Hilfgutachten.)

V. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

A und der Freistaat Bayern sind als natürliche bzw. juristische Person beteiligten- und prozessfähig, §§ 61 Nr. 1, 62 VwGO. Die Form der §§ 81, 82 VwGO ist gewahrt. Der Antrag ist grundsätzlich unbefristet möglich.¹¹

VI. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag nach § 80 V VwGO ist begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet, § 78 I Nr. 1 VwGO analog, die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig war oder das Gericht nach einer eigenen originären Interessenabwägung zu dem Schluss kommt, dass das Suspensivinteresse des Antragstellers das Vollzugsinteresse des Antragsgegners überwiegt. Diese Interessenabwägung bestimmt sich nach den Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens.

I. Passivlegitimation, § 78 I Nr. 1 VwGO analog

Passivlegitimiert ist nach § 78 I Nr. 1 VwGO analog der Rechtsträger der handelnden Behörde, d. h. der Freistaat Bayern als Träger der BOS.

³ BeckOK VwGO/Gersdorf § 80 Rn. 146; Kopp/Schenke/Schenke (Fn. 3), § 80 Rn. 12.

⁴ Kopp/Schenke/Schenke (Fn. 3), § 80 Rn. 134.

⁵ Zur Adressatentheorie: Schoch/Schneider/Bier/Wahl/Schütz VwGO, 30. EL, § 42 II Rn. 69.

⁶ Kopp/Schenke/Schenke (Fn. 3), § 80 Rn. 138.

⁷ Schoch/Schneider/Bier/Schoch (Fn. 6), § 80 Rn. 460 f.

⁸ Kopp/Schenke/Schenke (Fn. 3), § 80 Rn. 139.

⁹ Kopp/Schenke/Schenke (Fn. 3), § 80 Rn. 139 m. w. N.

¹⁰ BVerfG NJW 1993, 3190.

¹¹ Kopp/Schenke/Schenke (Fn. 3), § 80 Rn. 141.

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit¹²

Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nach § 80 II Nr. 4 VwGO müsste formell rechtmäßig sein.

1. Zuständigkeit, § 80 II Nr. 4 VwGO

Der Schulleiter müsste für die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit zuständig gewesen sein. Nach § 80 II Nr. 4 VwGO ist die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, zuständig. Der Schulleiter entscheidet über die Aufnahme in die Vorklasse und daher auch über den Widerruf und damit zusammenhängende Vollzugsfragen (§§ 31 III, 26 I 5 FOBO SO).

2. Fehlende Anhörung?

Fraglich ist, ob aufgrund der fehlenden Anhörung die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit formell rechtswidrig ist. Dazu müsste eine Anhörung rechtlich vorgesehen sein. Art. 28 BayVwVfG findet keine direkte Anwendung, da die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit gem. § 80 II Nr. 4 VwGO keinen VA darstellt.¹³ Ebenso scheidet eine analoge Anwendung des Art. 28 I BayVwVfG aus, da die Vollzugsanordnung hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität nicht mit einem VA vergleichbar ist. Weiterhin gebietet vorliegend auch nicht ausnahmsweise das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) eine vorherige Anhörung. Dies folgt insbesondere daraus, dass keine Überraschungsentscheidung vorliegt, da im Normalfall mit einer Vollziehbarkeitsanordnung zu rechnen ist.¹⁴ A wusste, dass ihr der Widerruf der Aufnahme in die BOS droht, wenn sie weiterhin den Gesichtsschleier trägt und musste daher auch davon ausgehen, dass dann auch eine Vollziehbarkeitsanordnung ergeht. Daher war keine Anhörung erforderlich.

¹² Siehe u. a. *Uerpmann-Wittzack* Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., Rn. 302ff.

¹³ Stelkens/Bonk/Sachs/Kahlerhoff *VwVfG*, 8. Aufl., § 28 Rn. 11; Kopp/Schenke/Schenke (Fn. 3), § 80 Rn. 82 m. w. N. auch zur Gegenauffassung.

¹⁴ Schoch/Schneider/Bier/Schoch (Fn. 6), § 80 Rn. 259 (m. w. N. auch aus der Rechtsprechung).

3. Begründung, § 80 III VwGO

Die Begründung darf nicht pauschal ausführen, die Anordnung liege im öffentlichen Interesse, oder bloß den Inhalt der Ermächtigungsnorm wiederholen. Notwendig ist stattdessen eine konkrete, auf den Einzelfall bezogene Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit und des spezifischen Interesses daran.¹⁵ Dies ist vorliegend der Fall. Die Begründung legt ausführlich und einzelfallbezogen dar, warum die sofortige Vollziehbarkeit angeordnet wird und genügt daher den Anforderungen des § 80 III VwGO.

4. Zwischenergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ist formell rechtmäßig.

III. Eigene Interessenabwägung des Gerichts, insbesondere Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Das Gericht nimmt eine eigene Interessenabwägung vor, die sich insbesondere an einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussicht der Hauptsache orientiert.¹⁶

1. Zulässigkeit der Hauptsache

Die Klage ist in der Hauptsache zulässig, siehe Bearbeitervermerk.

2. Begründetheit der Hauptsache

Die Klage müsste auch in der Hauptsache begründet sein. Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wird, § 113 I 1 VwGO.

a) Passivlegitimation, § 78 I Nr. 1 VwGO

Passivlegitimiert ist der Freistaat Bayern (s. o.).

15

Schoch/Schneider/Bier/Schoch (Fn. 6), § 80 Rn. 247f.; Kopp/Schenke/Schenke (Fn. 6), § 80 Rn. 85.

¹⁶ *Detterbeck* Öffentliches Recht, 10. Aufl., Rn. 1002.

b) Rechtmäßigkeit des VA

Die Rechtsgrundlage für den Widerruf ist Art. 49 II 1 Nr. 3 BayVwVfG. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen vorliegen.

aa) Formelle Rechtmäßigkeit

Zunächst müsste der Widerruf formell rechtmäßig gewesen sein, d. h. hinsichtlich Zuständigkeit, Verfahren und Form. Dies ist vorliegend der Fall. Der Schulleiter ist für die Aufnahme in die Vorklasse der BOS nach §§ 31 III, 26 I 5 FOBOSO zuständig, also auch für den Widerruf. Die Verfahrensvorschriften wurden eingehalten, insbesondere erfolgte die Anhörung der A nach Art. 28 BayVwVfG. Schließlich erging der Bescheid gem. Art. 37 BayVwVfG schriftlich.

bb) Materielle Rechtmäßigkeit

Der Widerruf müsste darüber hinaus materiell rechtmäßig sein. Dazu müssten zunächst die Voraussetzungen des Art. 49 II 1 Nr. 3 BayVwVfG vorliegen.

(1) Rechtmäßiger begünstigender VA

Die Aufnahme in die Vorklasse der BOS ist ein begünstigender VA i. S. v. Art. 48 I 2 BayVwVfG. Er war auch rechtmäßig (siehe Sachverhalt).

(2) Nachträglich eingetretene Tatsachen

Tatsachen sind die Gegebenheiten, die für die getroffene Regelung des VA relevant sind; ihr nachträglicher Eintritt ist insbesondere auch durch eine Verhaltensänderung des Betroffenen möglich.¹⁷ A war auf dem Foto ihrer Bewerbungsunterlagen mit Kopftuch abgebildet, erschien aber mit Gesichtverschleierung zur Schule, sodass durch ihr Verhalten nachträglich veränderte Tatsachen vorliegen.

(3) Die die Behörde berechtigen würden, den VA nicht zu erlassen

Fraglich ist, ob der Schulleiter berechtigt gewesen wäre, die Zulassung zur BOS nicht zu erlassen, wenn er im Zeitpunkt der Zulassungsentscheidung gewusst hätte, dass A einen Gesichtsschleier trägt.

Die Änderung der Tatsachen müsste also einen Gesichtspunkt betreffen, der den Nichterlass des VA rechtfertigt, d. h. die Voraussetzungen der Rechtsnorm nicht mehr vorliegen oder sich für eine Ermessens- oder Planungsentscheidung maßgebliche Umstände geändert haben.¹⁸

Der Schulleiter beruft sich darauf, dass er im Rahmen der Zulassungsentscheidung Art. 56 IV BayEUG prüfen dürfe (a) und dass A durch das Tragen des Gesichtsschleiers Art. 56 IV BayEUG verletzen würde, da sie hierdurch in nicht geeigneter Kleidung am Unterricht teilnehme und daher ein geordneter Unterrichtsbetrieb nicht möglich sei (b).

(a) Zu prüfen ist daher zunächst, ob Art. 56 IV BayEUG im Rahmen von §§ 31, 26 I 5 FOBOSO geprüft werden muss. Dies ist fraglich, da §§ 31, 26 I 5 FOBOSO nicht ausdrücklich regeln, dass Art. 56 IV BayEUG auch im Rahmen einer Zulassungsentscheidung zu prüfen ist. Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass Art. 56 IV 1 BayEUG unberührt bleibt. Es entspricht aber dem Sinne und Zweck von Art. 56 IV BayEUG, dass er auch im Rahmen einer Zulässigkeitsentscheidung zu prüfen ist. Hierfür spricht, dass, wenn feststeht, dass eine Pflichtverletzung seitens des Schülers dauerhaft der Erfüllung des Bildungsauftrags entgegensteht, dieser nicht erst zugelassen und dann sogleich wieder entlassen werden muss. (Effektivität des Verwaltungshandelns).¹⁹ Damit wäre Art. 56 IV BayEUG auch im Rahmen der Zulassungsentscheidung zu prüfen gewesen.

(b) Nach Art. 56 IV BayEUG haben Schüler sich so zu verhalten, dass die Aufgabe der Schule erfüllt und das Bildungsziel erreicht werden kann (S. 1), und alles zu unterlassen, was den Schulbetrieb und die Schulordnung stören kann (S. 3). Fraglich ist, ob nach Art. 56 IV BayEUG auch das Tragen eines Gesichtsschleiers im Unterricht verboten ist oder ob insoweit eine verfassungskonforme Auslegung im Lichte der Religionsfreiheit der A vorgenommen werden muss.

(c) Dazu müsste zunächst der Schutzbereich des Art. 4 I, II GG eröffnet sein: Der persönliche Schutzbereich ist eröffnet. Art. 4 I, II GG ist ein Jedermannsgrundrecht.

Fraglich ist, ob der sachliche Schutzbereich eröffnet ist. Maßgeblich dafür ist ein transzendenter Bezug im Sinne des Glaubens an eine Gottheit oder andere überweltliche Macht.²⁰ Der Islam erfüllt diese Definition. Fraglich ist aber, ob auch das Tragen eines Gesichtsschleiers dazu gehört. Im Islam gibt es dazu keine einheitliche Aussage.

¹⁷ Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs (Fn. 14), § 49 Rn. 58–60; Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 17. Aufl., § 49 Rn. 43f.

¹⁸ Kopp/Ramsauer/Ramsauer (Fn. 18), § 49 Rn. 47.

¹⁹ VG Regensburg, Beschl. v. 25. 11. 2013 – RO 1 S. 13.1842, Rn. 40 (juris).

²⁰ BVerwGE 90, 112 (115).

Eine kollektive Regelung ist jedoch nicht zwingend erforderlich, da Religion grundsätzlich auch etwas Individuelles ist. Daher kommt es auch auf das Selbstverständnis des Einzelnen an, wenn auch nicht ausschließlich, da sonst der Inhalt der Religionsfreiheit im Belieben des Einzelnen stünde.²¹ Daher ist eine gewisse »Plausibilitätskontrolle« notwendig.²²

Das Verhalten der A ist hier religiös motiviert. Sie sieht den Gesichtsschleier als Teil ihrer religiösen Identität. Daher ist der Schutzbereich eröffnet.²³

Vorliegend liegt auch ein Eingriff vor. Denn das Verbot, einen Gesichtsschleier zu tragen, macht der A dieses Verhalten in der BOS unmöglich.

Fraglich ist, ob der Eingriff gerechtfertigt ist. Dazu ist zunächst zu prüfen, welche Schranken im Rahmen von Art. 4 I, II GG gelten. Fraglich ist, ob ein einfacher Gesetzesvorbehalt gilt oder lediglich verfassungsimmanente Schranken. Für einen einfachen Gesetzesvorbehalt spricht die Regelung in Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 I, III 2, 137 III 1 WRV (»Schranken des für alle geltenden Gesetzes«).²⁴ Dagegen spricht jedoch der Wortlaut des Art. 4 I, II GG, der eben keinen Gesetzesvorbehalt vorsieht. Ein solcher ist nur bei Art. 4 III 2 GG vorgesehen. Daher können Art. 4 I, II GG nur durch verfassungsimmanente Schranken eingeschränkt werden.²⁵

Die Rechtfertigung des Eingriffs erfordert also zunächst eine gesetzliche Grundlage, hier Art. 56 IV BayEUG. Die Vorschrift ist formell und materiell verfassungsgemäß (Bearbeitervermerk).

Anmerkung: Ansonsten wäre hier insbesondere auf die von A gerügte Bestimmtheit der Norm einzugehen. Weiterhin ist zu beachten, dass in anderen Bundesländern im Gegensatz zu Bayern keine gesetzliche Grundlage für einen solchen Eingriff besteht. Ein Beispiel hierfür ist Niedersachsen.²⁶

Allerdings müsste auch ihre Anwendung verfassungsgemäß sein. Hier wird die Vorschrift so ausgelegt, dass

auch das Tragen eines Gesichtsschleiers im Unterricht verboten ist. Fraglich ist, ob diese Auslegung dem Ausgleich widerstreitender Verfassungsgüter im Wege praktischer Konkordanz entspricht. Als widerstreitendes Verfassungsgut zur Religionsfreiheit kommt vorliegend das staatliche Bestimmungsrecht im Schulwesen aus Art. 7 I GG in Betracht.²⁷

Einerseits liegt keine besonders schwer wiegende Beeinträchtigung der Religionsfreiheit der A vor. Sie hat den imperativen Charakter des Gesichtsschleiers nicht dargelegt und ist hierfür darlegungspflichtig.²⁸ A ist darüber hinaus volljährig und nicht mehr schulpflichtig. Es bestehen gleichwertige Alternativen zur BOS, um das Abitur abzulegen, wie etwa das Online-Angebot der Virtuellen Berufsoberschule Bayern.²⁹

Andererseits ist aber auch fragwürdig, ob das staatliche Bestimmungsrecht im Schulwesen durch das Tragen eines Gesichtsschleiers im Unterricht gravierend eingeschränkt wird. So ist zunächst der behauptete Betrug bei Klassenarbeiten kein geeignetes Argument, weil die Identität der A vorher festgestellt werden kann. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass A den Gesichtsschleier hierzu verwendet.

Weiterhin ist es grundsätzlich ein Problem der jeweiligen Schülerin, wenn sie aufgrund des Gesichtsschleiers möglicherweise keine so guten mündlichen Leistungen erzielt. Schließlich werden andere Schüler und der Lehrer selbst nicht bei der Vermittlung von Inhalten an die Mitschüler der A beeinträchtigt.

Andererseits gibt es vorliegend ein Unterrichtskonzept einer offenen Kommunikation zwischen Lehrkräften und Schülern, das eingeschränkt wird, wenn es auf abstrakter Ebene dadurch beeinträchtigt wird, dass der Blickkontakt mit einer Schülerin nicht mehr möglich ist. Nach Ansicht des BayVGh handelt es sich hierbei nicht nur »um eine abstrakte Möglichkeit der Störung des Unterrichtsablaufs, sondern um eine konkrete erhebliche Beeinträchtigung eines schulischen Funktionserfordernisses.«³⁰

Im Ergebnis kann man sich einerseits der Argumentation des BayVGh anschließen und argumentieren, dass schon auf abstrakter Ebene eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Unterrichtsablaufs vorliegt und dies ausreichend ist, um den Vorrang von Art. 7 I GG anzunehmen. Auf diesem Ansatz basiert auch im Folgenden der Lö-

²¹ Sachs/Kokott GG, 7. Aufl., Art. 4 Rn. 16f.

²² Siehe hierzu auch ausführlich BVerfG NJW 2015, 1359 (1360 f.).

²³ Vgl. BayVGh NVwZ 2014, 1109, der eine Schutzbereichseröffnung unterstellt. Zum Ganzen ausführlich Volkman, Staatsrecht II, 2011, 153-160.

²⁴ BVerwGE 112, 227 (231 ff.).

²⁵ BVerfGE 33, 23 (30 f.) (h. M.).

²⁶ So bestimmt § 58 NSchG lediglich: »Schülerinnen und Schüler sind verpflichtet, regelmäßig am Unterricht teilzunehmen und die geforderten Leistungsnachweise zu erbringen.« Siehe hierzu VG Osnabrück Beschl. v. 22. 8. 2016 – 1 B 81/16, S. 19f. (verfügbar unter http://www.verwaltungsgerichtosnabrueck.niedersachsen.de/download/110215/Beschluss_1_B_81_16.pdf, rechtskräftig). Vgl. auch andere Schulgesetze (Fn. 2).

²⁷ Zum weiteren möglichen Grund des Schulfriedens: BVerwGE 141, 223.

²⁸ BayVGh NVwZ 2014, 1109 (1110). Ebenso VG Osnabrück, Beschl. v. 22. 8. 2016 – 1 B 81/16, S. 20f.

²⁹ BayVGh NVwZ 2014, 1109 (1110).

³⁰ BayVGh NVwZ 2014, 1109 (1110).

sungsvorschlag. Andererseits kann man auch betonen, dass durch den fehlenden Blickkontakt mit einer einzigen Schülerin das Unterrichtskonzept per se nicht tangiert wird und daher die Religionsfreiheit der A überwiegt. Eine Ausnahme ergäbe sich nur bei einer konkreten Störung durch das Verhalten der A (wie z. B. bewusstes Verwenden des Gesichtsschleiers zum Abschreiben bei Klausuren und/oder Verweigerung der Kommunikation). Eine solche ist aber vorliegend nicht ersichtlich. Das Bundesverfassungsgericht hat in der berühmten Kopftuch-Entscheidung für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen ähnlich argumentiert.³¹ Danach ist einer Lehrkraft nur dann zumutbar, auf das Tragen des Kopftuches zu verzichten, wenn es hierdurch zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens bzw. der staatlichen Neutralität kommt. Schließlich ergibt sich auch durch eine konventionsfreundliche Auslegung kein anderes Ergebnis. Der EGMR hat die Vereinbarkeit des allgemeinen (d. h. nicht bloß schulbezogenen) Verbots der Vollverschleierung in Frankreich mit der EMRK angenommen.³²

(4) Und ohne den Widerruf Gefährdung des öffentlichen Interesses

Weiterhin muss der Widerruf zur »*Abwehr einer Gefährdung des öffentlichen Interesses erforderlich sein, d. h. zur Beseitigung oder Verhinderung eines sonst drohenden Schadens für den Staat, die Allgemeinheit oder für andere von der Rechtsordnung geschützte Rechte und Rechtsgüter.*«³³ Die Gefährdung des öffentlichen Interesses ist also weiter als der Begriff des schweren Nachteils für das Gemeinwohl und muss sich aus den geänderten Tatsachen ergeben.³⁴ Diese Voraussetzung ist aufgrund des öffentlichen Interesses am ordnungsgemäßen Betrieb der Schule gegeben.

(5) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen eines Widerrufs liegen vor.

Als Rechtsfolge räumt Art. 49 II 1 Nr. 3 BayVwVfG Ermessen ein. Das Gericht überprüft nur die Einhaltung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens, § 114 VwGO. Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. In Betracht kommt also nur ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

(a) Legitimes Ziel

Ein legitimes Ziel liegt in der Erfüllung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags (Art. 7 I GG).

(b) Geeignetheit

Geeignet ist eine Maßnahme, wenn sie die Erreichung des Ziels zumindest fördert.

Durch den Widerruf der Aufnahme in die BOS-Vor-klasse kann A nicht mehr mit Gesichtsschleier zum Unterricht erscheinen. Das trägt zur Aufrechterhaltung der Schulordnung und des geordneten Unterrichtsbetriebs, also zur Verwirklichung der Ziele des Art. 7 GG bei. Somit ist die Maßnahme geeignet.

(c) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn es zur Zielerreichung kein gleich wirksames, milderer Mittel gibt. Als milderer Mittel kämen Ordnungsmaßnahmen nach Art. 86 BayEUG in Betracht. Die Maßnahmen des Art. 86 II BayEUG haben allesamt erzieherischen Charakter, sollen also auf das Verhalten des Schülers einwirken.³⁵ Nachdem A aber deutlich gemacht hatte, dass sie am Tragen des Gesichtsschleiers unter allen Umständen festhalten würde, wären derartige Maßnahmen von Anfang an zur Zielerreichung (Verhaltensänderung bei A) ungeeignet und folglich unverhältnismäßig gewesen.³⁶

(d) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i. e. S.)

Der Widerruf müsste auch angemessen sein. Hier wird durch die Auslegung von Art. 56 IV BayEUG die Religionsfreiheit der A nicht verletzt (s. o.). Es besteht ein gewichtiges Interesse an der Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Schulbetriebs. Insgesamt ist der Widerruf daher auch im engeren Sinne verhältnismäßig.

c) Zwischenergebnis (Erfolgsaussichten der Hauptsache)

Die zulässige Klage hat keine Aussicht auf Erfolg (a. A. vertretbar).

³¹ BVerfG NJW 2015, 1359 (1364 f.) mit Besprechungen etwa von Volkmann, JURA 2015, 1083, Muckel, JA 2015, 476 und Sachs, JuS 2015, 571.

³² EGMR (Große Kammer) NJW 2014, 2925.

³³ Kopp/Ramsauer/Ramsauer (Fn. 18), § 49 Rn. 48 m. w. N.

³⁴ Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs (Fn. 14), § 49 Rn. 69, 71.

³⁵ Lindner/Stahl Das Schulrecht in Bayern I, 197. EL., Vor Art. 86 BayEUG Erl. 3, Art. 86 BayEUG Erl. 1; s. a. VG Regensburg, Beschluss v. 25. 11. 2013 – RO 1 S. 13.1842, Rn. 46 (juris).

³⁶ Vgl. Lindner/Stahl (Fn. 36), Art. 86 BayEUG Erl. 4.

3. Interessenabwägung

Da die Hauptsache keine Aussicht auf Erfolg hat, überwiegt das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung des VA.

C. Ergebnis

Der Antrag ist zulässig, aber unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.