

Justizneutralitätsgesetze als Exklusionsmechanismen

Aqilah Sandhu

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Sandhu, Aqilah. 2023. "Justizneutralitätsgesetze als Exklusionsmechanismen." In *Frau.Macht.Recht: 100 Jahre Frauen in juristischen Berufen*, edited by Elisabeth Dux, Johanna Groß, Julia Kraft, Rebecca Militz, and Sina Ness, 135–60. Baden-Baden: Nomos.
<https://doi.org/10.5771/9783748914266-135>.

Justizneutralitätsgesetze als Exklusionsmechanismen

Aqilah Sandhu*

A. Einleitung

Das 100-jährige Jubiläum des Gesetzes „über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen der Rechtspflege“¹ ist Anlass für eine Rückschau, aber auch eine Bestandsaufnahme. Frauen sind in Führungspositionen in der Justiz noch immer unterrepräsentiert,² ihr Anteil in der Richter- und Staatsanwaltschaft ist immerhin weitgehend paritätisch.³ Doch nicht die Existenz *aller* Frauen ist heute eine Selbstverständlichkeit in der Justiz, die sich durch hohe soziale Homogenität und ein ausgeprägtes Diversitätsdefizit auszeichnet.⁴ Für muslimische Juristinnen mit Kopftuch hat das Jubiläum einen sehr faden Beigeschmack, da sie von der Wahrnehmung hoheitlicher Tätigkeiten in der Justiz kraft Gesetzes ausgeschlossen sind. Die bis vor Kurzem noch rein exekutive Exklusionspraxis manifestiert sich seit wenigen Jahren in sogenannten Justizneutralitätsgesetzen – die gesetzgeberische Reaktion auf die Klagen kopftuchtragender Referendarinnen gegen ihren Ausschluss von bestimmten Ausbildungstätigkeiten bei Gericht und

* Dr. Aqilah Sandhu ist Akademische Rätin a.Z. an der Universität Augsburg.

1 Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen der Rechtspflege vom 11.7.1922 (RGBl. I 573).

2 BMFSJ, 4. Atlas zur Gleichstellung von Frauen und Männern in Deutschland, 2020, S. 18 f., abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/4-atlas-zur-gleichstellung-von-frauen-und-maennern-in-deutschland-160358> (letzter Abruf am: 25.10.2022).

3 Insgesamt 47,49 % Richterinnen und 50,5 % Staatsanwältinnen im Bund und in den Ländern, Bundesamt für Justiz, Richterstatistik 2020, abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistik/Richterstatistik_2020.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (letzter Abruf am: 25.10.2022).

4 Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2021, S. 31 f. Zu den Auswirkungen auf den Rechtsfindungsprozess aus verhaltensökonomischer Sicht Vasel, The Most Dangerous Branch?, in: Mülder/Drechsler/Helmrich/Streule/Weinsteiner (Hrsg.), Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht, 2018, 121 (134) mwN.

Staatsanwaltschaft.⁵ Diese Verbotsgesetze stützen sich maßgeblich auf die typisierende Annahme, religiös konnotierte Kleidung sei objektiv geeignet, das Vertrauen der Bevölkerung und Rechtssuchender in die neutrale Amtsführung zu beeinträchtigen. Kopftuchverbote firmieren als Gesetze zur Regelung des Erscheinungsbildes oder der Amtstracht und erfassen formal sämtliche religiösen Merkmale, also auch die Kippa oder das Kreuz. Faktisch handelt es sich aber um „Anti-Kopftuch-Gesetze“⁶, die nur dem Anschein nach neutral sind. Das Verbot des Kopftuchs in der Justiz berührt zentral die verfassungsrechtlichen Gleichheitspostulate in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 33 Abs. 3 GG, wonach die Zulassung zu öffentlichen Ämtern ausdrücklich „unabhängig von dem religiösen Bekenntnis“ ist. Zu Recht wurde die Gleichberechtigung der Frau in der frühen Bonner Republik nicht den gesellschaftlichen Anschauungen oder dem Gutdünken des parlamentarischen Gesetzgebers überlassen, sondern durch bindendes Verfassungsrecht vorangetrieben.⁷ Als das Bundesverfassungsgericht 1953 in einer wegweisenden Entscheidung für die feministische Bewegung Art. 3 Abs. 2 GG für unmittelbar anwendbar erklärte, betonte es die notwendige Verankerung der besonderen Diskriminierungsverbote wegen des Geschlechts, der Religion oder der Herkunft in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in einem besonderen Verfassungszusatz.⁸ Dieses Verfassungszusatzes bedurfte es gerade deshalb, weil „die allgemeine Überzeugung von der Unzulässigkeit solcher Differenzierungen [...] noch nicht so gefestigt“ war, dass der

-
- 5 Hierzu Hecker, Die Kopftuchdebatte, 2022; Wiese, Ausdruck von Illiberalität: Kopftuchverbote in Deutschland, NLMR 2021, 5; Muckel, Kopftuchverbot bei Gericht, NWVBl. 2020, 224; Brosius-Gersdorf/Gersdorf, Kopftuchverbot für Rechtsreferendarin, NVwZ 2020, 428; Payandeh, Das Kopftuch der Richterin aus verfassungsrechtlicher Perspektive, DÖV 2018, 482; Sinder, Das Kopftuchverbot für Richterinnen, Der Staat 57 (2018) 459; Berghahn, Staatliche Neutralität zwischen religiösem Pluralismus und wohlfeilem Populismus: Ist ein Kopftuchverbot für Richterinnen und Rechtsreferendarinnen verfassungskonform?, KJ 2018, 167; Wißmann, Justitia mit Kopftuch?, DRiZ 2016, 224.
- 6 Muckel, Religionspolitik im Namen der Neutralität?, DÖV 2021, 557 (559). Deutlich auch in der öffentlichen Debatte zu den Verboten.
- 7 Für das Gleichstellungsgebot in Art. 3 Abs. 2 GG bestimmte Art. 117 Abs. 1 GG eine Übergangsfrist, so dass dieses erst ab 1953 und nicht schon mit Inkrafttreten des Grundgesetzes 1949 wirken konnte. Der demokratische Gesetzgeber unter Adenauer hätte Art. 3 Abs. 2 GG bei entsprechender parlamentarischer Mehrheit um weitere Jahre außer Kraft gesetzt, vgl. Rust, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur garantierten Gleichberechtigung, APuZ B 37-38 (2001), 26 (31).
- 8 BVerfG Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 – Gleichberechtigung.

allgemeine Gleichheitssatz genügt hätte.⁹ Grundrechtliche Freiheit und Gleichheit von Angehörigen gesellschaftlicher Minderheiten sowie Gleichstellungsrechte sind nicht allein eine Frage parlamentarischer Mehrheitsentscheide, sondern rechtsstaatlichen Ausgleichs. Gleichheitsrecht ist, wie es die Bundesverfassungsrichterin *Susanne Baer* formuliert, „Arbeit gegen Schubladen“¹⁰. Doch bei der Frage der Zulässigkeit kopftuchtragender Musliminnen im Staatsdienst wird nicht gegen, sondern für die Schublade argumentiert. Negative Vorannahmen, Stereotypen oder gar gesellschaftliche Ablehnung sind *das* zentrale Argument für den Ausschluss dieser Frauen von hoheitlichen Tätigkeiten in der Justiz. Würde die Gleichstellung trotz des klaren Verfassungsauftrags zur Gleichberechtigung in den Parlamenten neu gestellt, so das Bundesverfassungsgericht 1953 weitsichtig, spielte man in einem *Circulus vitiosus* eine grundgesetzlich getroffene politische Entscheidung „in die Hände des einfachen Gesetzgebers zurück“.¹¹ So geschieht es im Fall der den Landesgesetzgebern überantworteten Kopftuchverbote in Schule und Justiz, was zu potenziell 16 verschiedenen Versionen von Neutralität und individueller Religionsausübung führte. Dieser Beitrag stellt die Justizneutralitätsgesetze zunächst dar (B.), bevor er anschließend kritisch den Standpunkt des objektiven Betrachters dekonstruiert, dessen Vertrauen für die Rechtfertigung der Verbote maßgeblich ist.¹² Dabei wird deutlich, dass der Neutralitätsbegriff mit jeweils vorherrschenden religiös-kulturellen Anschauungen aufgeladen ist (C.). Dies führt zu der Schlussfolgerung, dass es sich bei den Justizneutralitätsgesetzen um Exklusionsmechanismen zum Schutz der Mehrheitsidentität handelt und sie ihrerseits gegen das verfassungsrechtliche Gebot der weltanschaulich-religiösen Neutralität verstoßen (D.).

9 BVerfG Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 (240) – Gleichberechtigung; vgl. nur Sacksofsky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2. Aufl. 2015, S. 101 ff., zur Polemik in der rechtswissenschaftlichen Literatur der fünfziger und sechziger Jahre.

10 In diesem Band, Susanne Baer im Gespräch mit Johanna Groß, Rebecca Militz und Sina Ness, S. 274.

11 BVerfG Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 (240) – Gleichberechtigung.

12 Im Ansatz schon Sandhu, *Der Anschein der Neutralität als schützenswertes Verfassungsgut?* in: *VerfBlog*, 9.1.2017, DOI: 10.17176/20170109-165103.

B. Justizneutralitätsgesetze

I. Überblick

Kopftuchverbote in der Justiz traten nicht erstmals 2016¹³ auf, sondern sind so alt, wie es Juristinnen mit Kopftuch in der Justiz gibt. Schon 1998 – und damit noch vor der Klage der Lehrerin in Baden-Württemberg, mit der der Kopftuchstreit seinen Ausgangspunkt nahm¹⁴ – hatte eine Referendarin in Nordrhein-Westfalen erfolglos gegen das kraft Erlasses des Innenministeriums verordnete Verbot geklagt, während ihrer Tätigkeit als Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft ein Kopftuch zu tragen.¹⁵ Wurden im Schul- und Kindertagesstättenbereich die Verbote ab 2015 wieder abgeschafft,¹⁶ musste sich der Gesetzesvorbehalt in der Justiz erst noch Geltung verschaffen. Referendarinnen mit Kopftuch wurde kraft exekutiver Weisung die Wahrnehmung hoheitlicher Tätigkeiten mit Außenwirkung, also insbesondere der staatsanwaltschaftliche Sitzungsdienst, die Vernehmung von Zeugen oder auch nur die passive Präsenz am Richtertisch in der Zivil- und Strafstation untersagt. Als erstes Gericht entschied das Verwaltungsgericht Augsburg¹⁷ unter Anwendung der bundesverfassungsgerichtlichen Grundsätze zum Schulrecht, dass ein Kopftuchverbot auch im juris-

13 VG Augsburg Urt. v. 30.6.2016 – Au 2 K 15.457, juris; aus Sicht der Klägerin Sandhu, Porträt, *djbZ* 2021, 55; früher schon zur Problematik am Rande Wiese, *Lehrerinnen mit Kopftuch*, 2008, S. 300 ff.

14 VG Stuttgart Urt. v. 24.3.2000 – 15 K 532/99, *NVwZ* 2000, 959; autobiografisch hierzu Ludin, *Enthüllungen*, 2015, S. 212 ff.

15 VG Köln Beschl. v. 25.6.1998 – 19 L 1992/98, BeckRS 1998, 153089. Ähnliche exekutive Verbote galten auch in anderen Ländern. In Baden-Württemberg mussten kopftuchtragende Referendarinnen in einem informellen Schreiben entweder den Verzicht auf das Tragen eines Kopftuchs bei hoheitlichen Tätigkeiten mit Außenwirkung oder ihr Einverständnis erklären, dass ihnen keine entsprechenden Tätigkeiten übertragen werden. Ein entsprechendes Schreiben des LG Heidelberg aus dem Jahr 2015 liegt der Verfasserin vor. In Bayern existierte die ministerielle Weisung über das Verbot des Kopftuchs bei hoheitlichen Tätigkeiten mit Außenwirkung im Referendariat seit 2007.

16 Anlässlich BVerfG Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471, 1181/10, BVerfGE 138, 296 – Kopftuch II hob das beklagte Land Nordrhein-Westfalen nach knapp einem Jahrzehnt das Kopftuchverbot mit Gesetz v. 25.6.2015 wieder auf, *GV NRW* 2015 Nr. 28, 495.

17 VG Augsburg Urt. v. 30.06.2016 – Au 2 K 15.457, juris Rn. 46 m. zust. Anm. Muckel, *JA* 2017, 78. Das BVerwG gab der Klage im November 2020 letztinstanzlich statt, BVerwG Urt. v. 12.11.2020 – 2 C 5/19, *NVwZ* 2021, 411 (413) m. Anm. Friedrich, *NVwZ* 2021, 413.

tischen Vorbereitungsdienst einer hinreichend bestimmten parlamentarischen Grundlage bedarf.¹⁸ Bestätigt wurde dies kurz darauf in einer einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts im Fall einer hessischen Rechtsreferendarin.¹⁹ Sofort reagiert hatte daraufhin Baden-Württemberg, wo die Koalition von CDU und Grünen im Mai 2017 mit den Stimmen der AfD ein Verbot verabschiedete.²⁰ In Hessen und Berlin galten schon seit 2004 bzw. 2005 Verbote religiös konnotierter Kleidung und Symbole für die Landesbeamtenschaft. Die bayerische Staatsregierung initiierte 2017 die Novelle des Bayerischen Richter- und Staatsanwaltsgesetzes (BayRiStAG).²¹ Der im März 2018 in Kraft getretene Art. 11 BayRiStAG statuiert für Richter:innen, Staatsanwält:innen und Landesanwäl:innen, dass in Verhandlungen und bei Amtshandlungen mit Außenkontakt keine sichtbaren religiös geprägten Symbole oder Kleidungsstücke getragen werden dürfen, die Zweifel an der Unabhängigkeit, Neutralität oder ausschließlichen Bindung an Recht und Gesetz hervorrufen können.²² Andere Länder warteten das Hauptsacheverfahren zum hessischen Kopftuchverbot ab und sahen sich erst nach der Senatsentscheidung vom Januar 2020²³ bestärkt. Der zweite Senat hatte das hessische Verbot gebilligt und auf den demokratischen Gesetzgeber verwiesen, der durch die parlamentarische Debatte das normative Spannungsverhältnis zwischen den konfligierenden Verfassungsgütern unter Berücksichtigung des Toleranzgebots aufzulösen und im öffentlichen Willensbildungsprozess „einen für allen zumutbaren Kompromiss“ zu finden habe.²⁴ Einzig die „Vertretbarkeit der

18 Das Verbot erging in Gestalt einer Auflage, die mit dem Einstellungsbescheid verbunden worden war. Die Einstellungsbehörde hatte sich wahlweise auf die Justizausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen (§ 46 JAPO i.V.m. Art. 36 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG) und später im Verfahren auf Art. 97 GG i.V.m. §§ 25, 39 DRiG berufen, s. den Vortrag in der Berufungsinstanz, VGH München Urt. v. 7.3.2018 – 3 BV 16.2040, juris Rn. 1. Die Verfasserin klagte in diesem Verfahren als damals betroffene Rechtsreferendarin.

19 BVerfG Beschl. v. 27.6.2017 – 2 BvR 1333/17, NJW 2017, 2333 (2336).

20 „Gesetz zur Neutralität bei Gerichten und Staatsanwaltschaften des Landes“ v. 23.5.2017 (BW GBl. Nr. 11, 265).

21 Bay. LT-Drs. 17/18836 v. 7.11.2017, 37.

22 Für Rechtsreferendar:innen und Rechtspfleger:innen ergibt sich dies i.V.m. dem neu gefassten Art. 57 AGGVG (GVBl. 118, 122, 143).

23 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 – Kopftuch III.

24 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (46) – Kopftuch III; s. schon BVerfG Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471, 1181/10, BVerfGE 138, 296 (333) – Kopftuch II; BVerfG, Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 (302 f.) – Kopftuch.

gesetzgeberischen Entscheidung²⁵ könne das Bundesverfassungsgericht kontrollieren. Ob Werte von Verfassungsrang eine Regelung über ein weitgehend vorbeugendes Verbot von religiös konnotierter Kleidung in der Justiz rechtfertigen oder nicht, bestimme sich nach den „tatsächlichen Gegebenheiten und Entwicklungen“ in den Ländern.²⁶ Niedersachsen erließ daraufhin im Mai 2020 das „Gesetz zur Stärkung der Neutralität der Justiz“²⁷, in Nordrhein-Westfalen folgte das Verbot im März 2021.²⁸ Erstmals ist im Jahr 2021 auch der Bund als Verbotsgesetzgeber in Erscheinung getreten,²⁹ als er eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts³⁰ zum Verbot von Tätowierungen von Polizeivollzugsbeamten:innen zum Anlass nahm, en passant auch ein Kopftuchverbot in das Beamtenrecht aufzunehmen. Mit dem „Gesetz zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten“³¹ wurden § 61 Abs. 2 BBG und § 34 Abs. 2 BeamtStG relativ unbemerkt von der (Fach-)Öffentlichkeit³² dahingehend ergänzt, dass das Tragen von bestimmten Kleidungsstücken und Symbolen, die in einem Atemzug mit Tätowierungen genannt werden, verboten werden kann, „soweit die Funktionsfähigkeit der Verwaltung oder die Pflicht zum achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten dies erfordert“ (S. 2). Für weltanschaulich oder religiös konnotierte Merkmale gilt dies nur, „wenn sie objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die neutrale Amtsführung der Beamtin oder des Beamten zu beeinträchtigen“ (§ 34 Abs. 2 S. 4

25 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (46) – Kopftuch III.

26 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (46) – Kopftuch III.

27 „Gesetz zur Anpassung des Rechts der richterlichen Mitbestimmung und zur Stärkung der Neutralität in der Justiz“ v. 12.5.2020 (GVBl. Nr. 15, 116); hierzu VG Oldenburg Beschl. v. 17.3.2022 – 6 B 715/22.

28 „Gesetz zur Stärkung religiöser, weltanschaulicher und politischer Neutralität der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen“ (JNeutG NRW) v. 9.3.2021, GV. NRW Nr. 22, 271. Hierzu VG Arnsberg Beschl. v. 9.5.2022 – 2 L 102/22.

29 Bereits 2017 erließ der Bundesgesetzgeber Gesichtsverhüllungsverbote (BGBl. I 1570).

30 BVerwG Urt. v. 17.11.2017 – 2 C 25/17, BVerwGE 160, 370.

31 Gesetz v. 28.6.2021 (BGBl. I 2250).

32 Eine Ausnahme sind Gärditz/Kamil Abdulsalam, Allgemeines „Kopftuchverbot“ durch die Hintertür? Zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten („lex Tattoo“), in: VerBlog, 2.4.2021, DOI: 10.17176/20210402-194914-0; Gärditz/Kamil Abdulsalam, Verfassungsfragen des Gesetzes zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten, ZBR 2021, 289 (291).

BeamtStG).³³ Die Länder können die Einzelheiten bestimmen (§ 34 Abs. 2 S. 5 BeamtStG). Dies führte dazu, dass Schleswig-Holstein³⁴ und Hessen³⁵ in ihren Landesgesetzen Verweise auf das BeamtStG aufnahmen und das Verbot dadurch nicht nur auf die Justiz, sondern grundsätzlich die gesamte Landesbeamtenschaft ausdehnten. Schon in formeller Hinsicht erscheint die Bundesregelung wegen Verstoßes gegen Art. 70 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG verfassungswidrig.³⁶ Sie überlässt den Ländern nicht mehr die grundsätzliche Frage des „Ob“, sondern nur noch des „Wie“.³⁷ Im Widerspruch zum grundlegenden Erfordernis eines hinreichend bestimmten Parlamentsgesetzes enthält das schleswig-holsteinische Beamtenrecht überdies nun eine Verordnungsermächtigung zur exekutiven Konkretisierung des zulässigen Erscheinungsbildes von Beamt:innen, deren Inhalt durch § 56 Abs. 4 LBG SH näher umgrenzt wird.

II. Verbotene Tätigkeiten

Die Reichweite der Verbotsgesetzgebung weicht von Land zu Land ab. Die Verbote setzen alle voraus, dass religiös konnotierte Erscheinungsmerkmale „objektiv geeignet“ sein müssen, das Vertrauen in die neutrale Amtsführung der Beamtin zu beeinträchtigen. Betroffen sind deshalb nach sämtlichen Gesetzen jedenfalls Tätigkeiten mit Außenwirkung. Im Übrigen aber sind die Anwendungsbereiche höchst unbestimmt. So gilt in Schleswig-Holstein das Verbot auch für Amtshandlungen, „bei denen es in besonderem Maße“ auf die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates ankommt. Jedenfalls soll dies nach dem Willen des Gesetzgebers nicht für Lehrkräfte gelten, für Polizeivollzugsbeamt:innen und für „Verfahrenshandlungen vor Gericht“ sowie „die Wahrnehmung justizähnlicher Funk-

33 Zur steten Ausweitung des Parlamentsvorbehalts im Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 GG Gärditz/Kamil Abdulsalam, Verfassungsfragen des Gesetzes zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten, ZBR 2021, 289.

34 § 56 LBG SH, eingefügt mit Gesetz v. 3.5.2022 (GVBl. Nr. 7, 551).

35 § 45 HessBG ist nun nicht mehr mit „Neutralitätspflicht“, sondern mit „Erscheinungsbild der Beamtinnen und Beamten“ betitelt, Drittes Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften (3. DRÄndG) v. 15.11.2021 (GVBl. Nr. 46, 718).

36 Hierzu eingehend Gärditz/Kamil Abdulsalam, Verfassungsfragen des Gesetzes zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten, ZBR 2021, 289 (293).

37 Krit. Gärditz/Kamil Abdulsalam, Stellungnahme v. 1.3.2022, SH LT Umdruck 19/7275, 2.

tionen“ jedoch schon.³⁸ Das Verbot in Nordrhein-Westfalen gilt für alle Beschäftigten mit Außenkontakt in der Landesjustiz, also auch Protokollkräfte oder Wachtmeister:innen.³⁹ Demgegenüber nimmt Baden-Württemberg Justizpersonen ohne richterliche oder staatsanwaltschaftliche Entscheidungskompetenzen explizit von der Verbotsregelung aus.⁴⁰ Die Beliebigkeit zeigt sich besonders eindrücklich am unterschiedlichen Umgang mit Schöff:innen. Diese üben „das Richteramt in vollem Umfang und mit gleichem Stimmrecht wie die Richter beim Amtsgericht aus“ (§ 30 S. 1 GVG). Doch während eine ehrenamtliche Richterin in Bayern wegen „gröblicher Verletzung ihrer Amtspflichten“ (§ 24 Abs. 1 Nr. 2 VwGO) von ihrem Amt entbunden wird, wenn sie das Kopftuch trägt,⁴¹ sind im benachbarten Baden-Württemberg ehrenamtliche Richter:innen ausdrücklich vom Verbot ausgenommen. Dabei sahen schon vor Jahren einzelne Fachgerichte im Kopftuch der Schöffin keinen Ablehnungsgrund.⁴² Die ergänzende Verbotsregelung der Länder ist überdies formell verfassungswidrig, da sie von der insofern abschließenden bundesgesetzlichen Regelung im GVG abweicht (Art. 72 Abs. 1 GG). Auch soweit die Verbotsgesetzgebung pauschal Rechtsreferendarinnen erfasst, lässt sie sich mit § 10 S. 1, § 142 Abs. 3 GVG nicht vereinbaren, wonach die Entscheidung über die Übertragung praktischer Tätigkeiten im Ermessen der jeweiligen Ausbilder:in steht. Die Wahrnehmung dieser Tätigkeiten ist entscheidend für die Erreichung des Ausbildungsziels im Referendariat, sie werden aber rhetorisch marginalisiert, um die Eingriffsintensität zu bagatellisieren.⁴³ Für die Berufsrichterin oder Staatsanwältin bedeuten die Verbote in der Praxis, dass sie zwar im Dienstzimmer und auf dem Gerichtsgang ihr Kopftuch tragen kann, es bei Betreten des Gerichtssaals und in der Verhandlung aber abnehmen muss. Bei anschließender Beratung im Nebenzimmer (im Fall eines Kollegialgerichts), kann sie es wieder aufsetzen, um es zur Urteilsver-

38 SH LT-Drs. 19/3541, 63 f.

39 So ausdrücklich NRW LT-Drs. 17/3774, 11.

40 BW LT-Drs. 6/1954, 16.

41 VGH München Beschl. v. 10.12.2020 – 5 S 20.2456, BayVBl 2021, 202; ähnl. in NRW, LT-Drs. 17/3774, 10; ähnl. in NRW SG Düsseldorf Beschl. v. 28.11.2022 - S 38 SF 200/22 ERI (nnv).

42 KG Berlin Urt. v. 9.10.2012 – (3) 121 Ss 166/12 (120/12), NStZ-RR 2013, 156; aA LG Dortmund Beschl. v 7.11.2006 – 14 (VIII) Gen. Str. K., NJW 2007, 3013; krit. Bader, Die Kopftuch tragende Schöffin, NJW 2007, 2964.

43 In Bayern wurde nach der Augsburger Klage u.a. die selbstständige Zeugenvernehmung in der Zivilrechtsstation aus dem Kanon der Mindestausbildungsleistungen gestrichen, Änderung der Referendarsausbildungsbekanntmachung v. 11.8.2017, G1 - 2220 - IX - 5057/2016 (JMBL. 196).

kündigung wieder abzunehmen. Womöglich mag sie ein Versäumnisurteil mit Kopftuch verkünden dürfen, wenn überhaupt kein Beteiligter erscheint. Besteht das Kollegialgericht zudem aus Laienrichter:innen, gilt das Verbot je nach Land für einen Teil der Richterbank schon, für den anderen nicht. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass ein solcher Berufsalltag alles andere als ein zumutbarer Kompromiss ist. Letztlich regeln die Verbotsgesetze: Wo will der Staat muslimische Frauen sichtbar werden lassen und wo nicht? Sie haben überdies eine fatale Signalwirkung. Eine Ausdehnung auf Zwangsverwalterinnen, Insolvenzverwalterinnen oder Notarinnen, die hoheitliche Befugnisse und teilweise unmittelbaren Zwang ausüben, scheint der logische nächste Schritt.

Nicht umsonst sehen die Gerichte in den Verbotsgesetzen einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff.⁴⁴ Betroffene werden auf Grund des Geschlechts, der Herkunft und der Religion in mehrfacher Hinsicht benachteiligt (Art. 3 Abs. 1, und 3, Art. 33 Abs. 3 GG).⁴⁵ Diese gleichheitsrechtliche Dimension gerät in der gerichtlichen Auseinandersetzung jedoch regelmäßig aus dem Blick. Die Prüfung beschränkt sich auf die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), der persönlichen Identität (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und der Religionsausübungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG).⁴⁶ Dabei macht erst die gleichheitsrechtliche Betrachtung die besondere Exklusionswirkung sichtbar.

III. Kollidierendes Verfassungsrecht

Die Gründe für die Verbotsgesetzgebung sind vielseitig. Das Bundesverfassungsgericht benennt als kollidierende Werte von Verfassungsrang, die eine Verbotsregelung rechtfertigen würden, das Gebot der weltanschaulich-religiösen Neutralität, den Grundsatz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und die negative Religionsfreiheit Dritter.⁴⁷ Anders als noch

44 BVerfG, Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (46) und die abweichende Meinung des Richters Maidowski (54); BVerwG Urt. v. 12.11.2020 – 2 C 5/19, NVwZ 2021, 411 (412); der VGH München ging von einem geringen Eingriffsgewicht aus, da das Verbot nur zeitlich und örtlich beschränkt gelte, Urt. v. 7.3.2018 – 3 BV 16.2040, NJOZ 2019, 749 (751); krit. hierzu Friedrich, NVwZ 2021, 413 (414).

45 Letzteres explizit offenlassend BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (51) – Kopftuch III; BVerfG Beschl. v. 27.6.2017 – 2 BvR 1333/17, NJW 2017, 2333 (2335).

46 BVerfG Beschl. v. 27.6.2017 – 2 BvR 1333/17, NJW 2017, 2333 (2335).

47 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (36) – Kopftuch III.

von manchen Landesgesetzgebern angenommen, lässt sich ein Kopftuchverbot in der Justiz nicht durch das Gebot richterlicher Unparteilichkeit und Objektivität aus Art. 92, Art. 97 und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Art. 20 Abs. 3 GG rechtfertigen. Das Bundesverfassungsgericht stellte klar, dass allein das Tragen religiös konnotierter Kleidung im richterlichen Dienst für sich genommen nicht geeignet sei, Zweifel an der Objektivität der betreffenden Richterin zu begründen.⁴⁸ Auch vermöge die sichtbare Zugehörigkeit einer Richterin zu einer bestimmten Religion für sich genommen nicht die Besorgnis der Befangenheit zu begründen: „Von im Auswahlverfahren für das Richteramt erfolgreichen Juristen kann unabhängig von ihrer weltanschaulichen, religiösen oder politischen Einstellung Rechtstreue erwartet werden. Es besteht kein Grund, diese Fähigkeit denjenigen Personen abzusprechen, die ihre religiöse Einstellung durch die Verwendung von Symbolen offen für Dritte erkennbar werden lassen. Sollten Einzelne diese unverzichtbare Grundvoraussetzung im Amt nicht erfüllen, bietet das Richterdienstrecht eine Handhabe zur Beendigung des Richterverhältnisses, insbesondere in der Probezeit.“⁴⁹

Im Ergebnis ist ein Verbot aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts nicht zwingend. Keines der widerstreitenden verfassungsrechtlichen Güter überwiege grundsätzlich.⁵⁰ Es unterliege der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, unter Beurteilung „der tatsächlichen Gegebenheiten und Entwicklungen“, Justizangehörigen „äußerste Zurückhaltung“ in Fragen des religiösen Erscheinungsbildes aufzuerlegen – sich also für ein striktes Neutralitätsverständnis zu entscheiden.⁵¹ Zugleich betont das Gericht das Erfordernis, dass sich das Verbot religiöser Bekundungen durch Amtsträger „gleichheitsgerecht auf alle Äußerungen und Zeichen im Gerichtssaal“⁵² erstrecken müsse. Selbst diese sehr großzügigen Vorgaben werden in der Realität verfehlt.

48 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (44) – Kopftuch III. Zu erinnern ist daran, dass der Fall eine Referendarin betraf.

49 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (44) – Kopftuch III.

50 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (47) – Kopftuch III; krit. Classen, JZ 2020, 417.

51 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (46) – Kopftuch III, krit. Gärditz/Kamil Abdulsalam, ZBB 2023, im Erscheinen; zum Schulbereich BVerfG Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 (299) – Kopftuch; Sacksofsky, Die Kopftuch-Entscheidung – von der religiösen zur föderalen Vielfalt, NJW 2003, 3297.

52 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (41) – Kopftuch III; vgl. für den Schulbereich schon BVerfG Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 (313) – Kopftuch.

C. Einseitige Neutralität

I. Formalisierung der Justiz

Das Bundesverfassungsgericht billigt die Annahme der Länder, dass für den Justizbereich (im Unterschied zur staatlichen Gemeinschaftsschule) ein strikter Neutralitätsbegriff gelten könne. So findet die abweichende Meinung der Richter:innen *Schluckebier* und *Hermanns* von 2015 zum Beschluss des ersten Senats zum Kopftuch in der Schule Eingang in das Mehrheitsvotum des zweiten Senats: „Die Verpflichtung des Staates auf Neutralität kann keine andere sein als die Verpflichtung seiner Amtsträger auf Neutralität“⁵³. Die Person des Amtswalters werde umso mehr zum personifizierten Staat, je stärker der Staat eine Amtshandlung formalisiere, so dass „abweichende Verhaltensweisen einzelner Amtsträger“ in der Justiz nicht mehr als individuelle Grundrechtsausübung, sondern als dem Staat zurechenbare Verhaltensweisen wahrgenommen würden.⁵⁴ Doch dieser Schluss ist nicht zwingend: Genauso gut könnte im Gegenteil der hohe Formalisierungsgrad und die Tatsache, dass eben nicht jede Frau in der Justiz ein Kopftuch trägt, deutlich erkennbar werden lassen, dass das Kopftuch der Richterin der in einem säkularen Staat höchst individuellen persönlichen Grundrechtsausübung zuzuordnen ist.⁵⁵ Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts drücke sich zudem das „Selbstbildnis des Staates“ insbesondere durch die Amtstracht aus.⁵⁶ Das Kopftuch konterkariere die neutralisierende und formalisierte Atmosphäre im Gerichtssaal, in der sich der Staat durch die „überkommenen Traditionen“, „wie das besondere Eintreten des Spruchkörpers in den Sitzungssaal, das Erheben bei wichtigen Prozesssituationen oder die Gestaltung des Gerichtssaals“ so-

53 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (37) – Kopftuch III; abweichende Meinung der Richter Hermanns und Schluckebier zu BVerfG Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471, 1181/10, BVerfGE 138, 296 (359, 367) – Kopftuch II; wegbereitend insofern Eckertz-Höfer, Kein Kopftuch auf der Richterbank?, DVBl. 2018, 539 (544).

54 Anders für den Schulbereich BVerfG Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 (305 f.) – Kopftuch.

55 Krit. auch Wiese, Ausdruck von Illiberalität: Kopftuchverbote in Deutschland, NLMR 2021, 5 (11).

56 Zu diesem BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (38 f.) – Kopftuch III. Krit. mit Blick auf die Pauschalität der Argumentation Maidowski, Abweichende Meinung, Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (54) – Kopftuch III.

wie durch „Distanz und Gleichmaß“ selbst darstelle.⁵⁷ Doch das Kopftuch muss nicht zwingend als „abweichend“, sondern kann – bei entsprechenden staatlichen Vorgaben zur Farbe oder zum Stoff – mit gutem Willen auch als „ergänzend“ zur Robe wahrgenommen werden.⁵⁸

Angesichts der Schwere des Eingriffs irritiert es, dass als entscheidendes Argument gegen das Kopftuch die Gerichtssikonographie bemüht wird.⁵⁹ Zutreffend merken Gärditz und Kamil Abdulsalam an, dass die Rechtsprechung „den Richtern“ (Art. 92 GG), also Menschen und keiner „entpersonalisierten Rechtsprechungs-Infrastruktur“ anvertraut werde: „Die Gesichter der Justiz als Staatsikonografie sind und bleiben menschlich.“⁶⁰ Das Bundesverfassungsgericht zeichnet ein steril-nüchternes Bild der Justiz, das sich von der gesellschaftlichen Realität abhebt. Während sich an der bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule die „religiös-pluralistische Gesellschaft widerspiegeln“⁶¹ solle, gelte dies in der Justiz angesichts der Unausweichlichkeit der Situation für Verfahrensbeteiligte nicht. Nur dort, wo der Staat die Funktionsbedingungen gestaltet und auf das äußere Auftreten seiner Repräsentanten Einfluss nimmt, kann nach dieser Rechtsprechung das Tragen sichtbarer religiöser Merkmale pauschal verboten werden. Doch für die Landesgesetzgeber spielte diese Dramaturgie eher eine untergeordnete Rolle. Sie stellen nicht auf den Formalisierungsgrad, sondern maßgeblich auf die Anwesenheit von Beteiligten oder der Öffentlichkeit ab. Zwar stärke die Regelung die „neutralisierende Amtstracht“,

57 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (39) – Kopftuch III; zur Selbstdarstellung schon Depenheuer, Das öffentliche Amt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 36 Rn. 54; Häberle, Vor einer „Kopftuch III“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 2018, 1263 (1266).

58 S. schon Berghahn, Staatliche Neutralität zwischen religiösem Pluralismus und wohlfeilem Populismus: Ist ein Kopftuchverbot für Richterinnen und Rechtsreferendarinnen verfassungskonform?, KJ 2018, 167 (173); Gärditz, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 13 Rn. 63; Beispiele bei Tomerius, Polizeibeamtinnen mit Kopftuch, Polizeibeamte mit Kippa und Dastar, NVwZ 2022, 212; zur fehlenden Deckungsgleichheit von Neutralität und der durch die Amtstracht verfolgten Sachlichkeit Sinder, Das Kopftuchverbot für Richterinnen, Der Staat 57 (2018) 459 (474).

59 Krit. Muckel, Religionspolitik im Namen der Neutralität?, DÖV 2021, 557 (564); Gärditz/Kamil Abdulsalam, Verfassungsfragen des Gesetzes zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten, ZBR 2021, 289 (294) die Neutralität werde „ikonographisch überhöht“.

60 Gärditz/Kamil Abdulsalam, Verfassungsfragen des Gesetzes zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten, ZBR 2021, 289 (294).

61 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (42) – Kopftuch III.

gleichwohl greife das Verbot explizit unabhängig von der Amtstracht und vom „formalen äußeren Rahmen einer Sitzung“ für jegliches „nach außen“ wirkende Auftreten – maßgeblich sei nur, ob „unmittelbarer Kontakt“⁶² mit Zeugen, Sachverständigen oder Verfahrensbeteiligten bestehe, ob mit hin eine Amtshandlung Außenkontakt mit „dem Volk“ habe. Auf die neutralisierende Gerichtsatmosphäre stellen die Länder nicht entscheidend ab. So erkennt der Bayerische Verfassungsgerichtshof in dem Anbringen von Kreuzen in Gerichtssälen und dem gleichzeitigen Verbot des Kopftuchs für Justizpersonen keinen Widerspruch, indem er gerade nicht auf das räumliche Setting, sondern die entscheidende Person abstellt. Entscheidend sei, dass die Anbringung des Kreuzes an der Wand durch die Gerichtsverwaltung und nicht durch die Richterperson erfolge – und die Wand keine Entscheidung treffe.⁶³

II. Misstrauische Mehrheit?

Das Bundesverfassungsgericht verweist darauf, dass die Institution der Justiz zuweilen „auf Widerstand in Teilen der Gesellschaft stoße“ und ergänzt dies um den Zusatz: „Dieser ist auszuhalten.“⁶⁴ Ein „absolutes Vertrauen“ in der gesamten Bevölkerung sei zwar nicht zu erreichen. Durch Formalisierungsbestimmungen könne dieses aber immerhin optimiert werden. Der Gesetzgeber könne das Ziel verfolgen, „die Akzeptanz der Justiz in der Bevölkerung zu stärken“, habe aber darauf zu achten, dass die von ihm ausgemachten Akzeptanzdefizite auf objektiv nachvollziehbaren Umständen beruhen. In dieser Formulierung scheint das Sondervotum zur ersten Kopftuchentscheidung auf. Die abweichenden Richter hatten der Senatsmehrheit damals vorgeworfen, sich nicht damit auseinandergesetzt zu haben „ob und mit welchen abwehrenden Reaktionen unter der Mehrheit der andersgläubigen Bürger zu rechnen ist.“⁶⁵ Auf diese geht die Senats-

62 Vgl. nur Bay. LT-Drs. 16/1954, 17.

63 BayVerfGH Entsch. v. 14.3.2019 – Vf. 3-VII-18, NVwZ 2019, 721 (724).

64 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (40) – Kopftuch III.

65 Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff, Abweichende Meinung zu BVerfG Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 (333) – Kopftuch. 1973, im Fall des jüdischen Rechtsanwalts, der sich gegen ein Standkruzifix von 75 cm Höhe und 40 cm Spannweite auf dem Richtertisch wehrte, befand das BVerfG, es könne davon ausgegangen werden, „daß weite Kreise der Bevölkerung gegen die Anbringung von Kreuzen in Gerichtssälen nichts einzuwenden haben“. Ein Widerspruch zur religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates lag angesichts dessen nicht auf der Hand, nur ein Verstoß gegen die negative Glaubensfreiheit

mehrheit diesmal implizit ein. Das zentrale Funktions- und Vertrauensargument speist sich gerade aus der Annahme, das Kopftuch könne beim objektiven Dritten – der personifizierten Mehrheitsgesellschaft – negative, von Vorurteilen geprägte Assoziationsketten hervorrufen, für die die Amtsträgerin gar keinen Anlass geben muss. Hierfür genügen geläufige Stereotype der vermeintlich fremdgesteuerten, den Staat unterwandernden Muslimin, die durch einschlägiges mediales Framing jahrelang genährt⁶⁶ und auch im rechtswissenschaftlichen Diskurs unermüdlich bemüht wurden.⁶⁷ So wurde schon im Vorfeld immer wieder darauf hingewiesen, mit dem Kopftuch im Gerichtssaal werde „im heutigen gesellschaftlichen Kontext die Akzeptanzschwelle überschritten“⁶⁸. Im Kopftuch III-Beschluss führt die Senatsmehrheit aus, der Staat dürfe „Maßnahmen ergreifen, die die Neutralität der Justiz aus der Sichtweise eines objektiven Dritten unterstreichen sollen“⁶⁹. Doch wer ist dieser „objektive Dritte“, dessen Vertrauen in die neutrale Amtsführung der jeweiligen Beamtin durch ihr Erscheinungsbild beeinträchtigt wird? Und wer ist überhaupt neutral in der Frage?⁷⁰ Jedenfalls traut dieser „imaginierte Prozessbeteiligte“ der kopftuchtragenden Referendarin oder Richterin auf Grund negativer Zuschreibungen traditionell nicht über den Weg und hält sie für fremdbestimmt.⁷¹ Der niedersächsische Gesetzgeber hat einen eindeutigen kulturell-homogenen

des konkreten Anwalts im Einzelfall, BVerfG Beschl. v. 17.7.1973 – 1 BvR 308/69, BVerfGE 35, 366 (375).

- 66 Dies eingestehend Eckertz-Höfer, Kein Kopftuch auf der Richterbank?, DVBl. 2018, 539 (543).
- 67 Insofern besteht eine Parallele zur Diskussion um die Zulassung der Frauen zum Richteramt im 20. Jahrhundert, Sinder, Das Kopftuchverbot für Richterinnen, Der Staat 57 (2018), 459 (475).
- 68 Eckertz-Höfer, Kein Kopftuch auf der Richterbank?, DVBl. 2018, 537 (543); auch Häberle, Vor einer „Kopftuch III“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 2018, 1263 (1266); dagegen krit. Berghahn, Staatliche Neutralität zwischen religiösem Pluralismus und wohlfeilem Populismus, KJ 2018, 167 (174).
- 69 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (40) – Kopftuch III.
- 70 S. die zutreffende Feststellung bei Möllers, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), 47 (49): „Staatstheorie schlägt hier nicht selten in Weltanschauung um, wissenschaftliche Erkenntnis in ein Bekenntnis“.
- 71 Krit. schon Samour, Die erkennbare Muslimin als Richterin, djbZ 2018, 12 (13); Sandhu, Gleichmacherei statt Gleichheit, in: VerfBlog, 28.2.2020, DOI: 10.17176/20200228-214725-0; Mangold, Justitias Dresscode, zweiter Akt: Minderheiten im demokratischen Staat, in: VerfBlog, 27.2.2020, DOI: 10.17176/20200228-000653-0 weist zurecht darauf hin, dass eine solche – empirisch nicht belegte, sondern lediglich unterstellte – Haltung der Bevölkerung tatsächlich ein zu behobendes strukturelles Problem wäre. Zur Argumentationsfigur kritisch Hauck, Weiße Deutungshoheit statt Objektivität: Der „objektive Dritte“

Empfängerhorizont vor Augen: Maßgeblich sei die Sicht einer „fiktiven dritten Person aus dem Kulturkreis der Bundesrepublik Deutschland“⁷². Mit der objektiven Perspektive einher geht die Neutralisierung der Sicht eines bürgerlichen Mitglieds der Mehrheitsgesellschaft, wobei wahlweise die christliche oder areligiös-humanistisch geprägte Mehrheitsidentität eine neutrale Einkleidung erfährt.⁷³ Zum Ausdruck kommt darin die ungeschriebene, die Mehrheitsperspektive widerspiegelnde Prämisse: „Als neutral gilt das Unauffällige.“⁷⁴ Der baden-württembergische Gesetzgeber will dem gesellschaftlichen Misstrauen vorbeugen und stellt die Befürchtung auf, ein Betrachter könne eine kopftuchtragende Juristin als Person wahrnehmen, die „sich wesentlich von vorgefassten Meinungen leiten lässt“⁷⁵. Belege für diese Annahme böten schließlich „die öffentliche Diskussion im Zusammenhang mit religiös konnotierten Kleidungsstücken auch in der Justiz“⁷⁶. Schon 2003 führte die vom Bundesverfassungsgericht betonte Einschätzungsprärogative im Schulkontext dazu, dass für das jeweilige Neutralitätsverständnis die vorherrschende Kultur bzw. Religion eines Landes als maßgeblich definiert wurde.⁷⁷ Während der Berliner Ge-

und die systematische Abwertung rassismuserfahrener Perspektiven, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 42 (2022), 1 (5).

- 72 Nds. LT-Drs. 18/4394, 27. Dies weckt Erinnerungen an die längst aufgegebene Kulturadäquanz-Formel des BVerfG zur Bestimmung des Schutzbereichs des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. Danach unterfiel eine Glaubensüberzeugung nur dann dem Grundrechtsschutz, wenn sie „sich bei den heutigen Kulturvölkern auf dem Boden gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Lauf der geschichtlichen Entwicklung herausgebildet hat“, BVerfG Beschl. v. 8.11.1960 – 1 BvR 59/56, BVerfGE 12, 1 (4) – Glaubensabwerbung.
- 73 Krit. zu einem „agnostizistisch verstandenen ‚Neutralismus‘“ im Rang einer „Staatsideologie bzw. negativen Staatskonfession“ Heckel, *Das Kreuz im öffentlichen Raum — Zum „Kruzifix-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl. 1996, 453 (473); vgl. in diesem Kontext auch Ladeur/Augsberg, *Der Mythos vom neutralen Staat*, JZ 2007, 12.
- 74 Berghahn, *Staatliche Neutralität zwischen religiösem Pluralismus und wohlfeilem Populismus: Ist ein Kopftuchverbot für Richterinnen und Rechtsreferendarinnen verfassungskonform?*, KJ 2018, 167 (173); vgl. auch Mangold, *Justitias Dresscode: Wie das BVerfG Neutralität mit „Normalität“ verwechselt*, in: *VerfBlog*, 6.7.2017, DOI: 10.17176/20170706-155732.
- 75 BW LT-Drs. 16/1954, 10. Paradoxerweise legitimiert der Gesetzgeber dadurch das Misstrauen.
- 76 BW LT-Drs. 16/1954, 11.
- 77 Entsprechend waren die Plenardebatten zum Kopftuch in der Schule von antimuslimischen Vorurteilen geprägt, aufschlussreich insofern die politikwissenschaftliche Analyse von Henkes/Kneip, *Von offener Neutralität zu (unintendiertem) Laizismus: Das Kopftuch zwischen demokratischen Mehrheitswillen und*

setzgeber unter Verweis auf die pluralistische Vielfalt der großstädtischen Bevölkerung die staatliche Neutralität im Sinne einer distanzierenden Laizität⁷⁸ forcierte, um das Zusammenleben unterschiedlichster Konfessionen zu ermöglichen,⁷⁹ rechtfertigten stärker römisch-katholisch geprägte Länder das Verbot mit der kulturprägenden Kraft der Mehrheitsreligion und postulierten ein einseitig privilegierendes Neutralitätsverständnis. Für den hessischen Gesetzgeber, dessen Verbotsregelung dem Bundesverfassungsgericht im Fall der Rechtsreferendarin vorlag, beruht der gesellschaftliche Zusammenhalt maßgeblich auf den „historisch verwurzelten Wertüberzeugungen [...], die vor allem durch das Christentum als prägenden Bildungs- und Kulturfaktor in Hessen bestehen“⁸⁰. So stellt der bayerische Gesetzgeber im Bereich der Justiz bewusst nicht auf die weltanschaulich-religiöse Neutralität aus Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Art. 33 Abs. 3 GG, Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV iVm Art. 140 GG, sondern auf das „Neutralitätsgebot als Grundpfeiler des Rechtsstaatsgebots“ aus Art. 20 Abs. 3 GG ab.⁸¹ Er geht davon aus, dass für die Entscheidung Pro oder Contra Kopftuchverbot „die konfessionelle Zusammensetzung der Bevölkerung und ihre religiöse Verwurzelung“⁸² maßgeblich seien. Auch bei der Schulgesetzgebung ging es Bayern nicht um die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates, sondern in erster Linie um die Verteidigung der „christlich-abendländischen Bildungs- und Kulturwerte“⁸³ der Verfassung. Die so verstandenen – vorgeblich säkularisierten – Grundwerte der Verfassung könne eine kopftuchtragende Lehrkraft nicht glaubhaft vermitteln, denn ihre Religion widerspreche augenscheinlich der der Ver-

rechtsstaatlichen Schranken, Leviathan – Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft 38 (2010), 589 (598 ff.). Eine „identitäre Kulturalisierung von Neutralität“ in abstrakten Anscheinsvermutungen erkennend Gärditz, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 13 Rn. 63.

78 Insb. Berlin, vgl. Abgeordnetenhaus Drs. 17/3774, 9. Die Missachtung des BVerfG-Judikats als „säkularen Fundamentalismus“ bezeichnend und krit. zum Rechtsungehorsam der Berliner Bildungsverwaltung Hecker, Die Kopftuchdebatte, 2022, S. 14, 133 und S. 174 f.

79 Abgeordnetenhaus Bln Drs. 15/3249, 16; ähnl. NRW LT-Drs. 17/3774, 9.

80 Hess. LT-Drs. 16/1897, 4, wonach bei der Beurteilung der objektiven Wirkung „auch die historisch verwurzelten Wertüberzeugungen Beachtung finden, die vor allem durch das Christentum als prägenden Bildungs- und Kulturfaktor in Hessen bestehen, auf denen der gesellschaftliche Zusammenhalt beruht und die für die Erfüllung der Aufgaben des Staates maßgebend sind.“

81 Bay. LT-Drs. 17/18836, 37 erwähnt auch die negative Religionsfreiheit nicht.

82 Bay. LT-Drs. 15/368, 1.

83 Bay. LT-Drs. 15/368, 1; VerfGH Bayern Entsch. v. 1.8.1997 – Vf. 6-VII/96 VerfGHE 50, 156 (167).

fassung zugrunde liegenden Staats- und Gesellschaftsordnung, die auf die „mehr als tausendjährige Geschichte Bayerns, die geprägt ist durch die Verwurzelung des Landes in der christlich-abendländischen Tradition“⁸⁴ verweise. Der vor dieser Folie imaginierte „objektive“ oder „verständige Betrachter, der seinerseits auf dem Boden der bayerischen Verfassung und des Grundgesetzes steht“⁸⁵, könne der kopftuchtragenden Beamtin nur ablehnend gegenüberstehen.

Wenn nun das Bundesverfassungsgericht darauf verweist, dass es bei der Aufgabe Recht zu sprechen auch darum gehe, „die Werte, die das Grundgesetz der Justiz zuschreibt, zu verkörpern“, dann fragt sich ganz grundlegend, welchen Inhalt vor dem Hintergrund der divergierenden Selbstverständnisse der Länder diese Werte haben und ob diese prinzipiell nur durch die Mehrheit glaubhaft verkörpert werden können.⁸⁶ Muslime bilden bereits aus soziologischer Betrachtung keine homogene Subkultur⁸⁷, die sich in Ablehnung und Abgrenzung zur Hauptkultur definiert. Die überwältigende Mehrheit identifiziert sich mit der deutschen Staats- und Gesellschaftsordnung, lebt rechtstreu und teilt den Wertekanon des Grundgesetzes und die grundlegenden Verfassungswerte.⁸⁸ Verbotsgesetze stellen dies aber grundlegend in Frage. Zu Recht weist *Barskanmaz* insofern darauf hin, dass durch den „objektiven Empfängerhorizont“ bestehende „Hierarchien zwischen gesellschaftlichen Gruppen ausgeblendet und so ein vorgeblich herrschaftsfreier Raum kriert [werde], in dem allen Deutungen des Kopftuchs gleichwertige Gewichtung zukomme.“⁸⁹ Die kopftuchtragende Muslimin werde dabei „zur ewig integrationsbedürftigen Personen stilisiert.“⁹⁰

84 VerfGH Bayern Entsch. v. 15.1.2007 – Vf. 11-VII-05, NVwZ 2008, 420 (422).

85 VerfGH Bayern Entsch. v. 15.1.2007 – Vf. 11-VII-05, NVwZ 2008, 420 (421).

86 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (48) – Kopftuch III.

87 S. aber die Ausführungen des ehemaligen RiBVerfG Di Fabio, wonach „Subkulturen“, die „unter der hellen Oberfläche universeller Menschenrechte und aufgeklärter Toleranz“ wüchsen und „mit der vorherrschenden Auffassung von Vernunft nicht recht vereinbar“, auf ihren Platz zu verweisen seien, Begegnung mit dem Absoluten, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 22.12.2016, Nr. 299, 6.

88 Vgl. auch Bertelsmann-Stiftung, Religionsmonitor 2017, <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/unsere-projekte/religionsmonitor/projektthemen/religionsmonitor-2017-muslime-in-europa/> (letzter Abruf am: 25.10.2022).

89 Barskanmaz, Das Kopftuch als das Andere. Eine notwendige postkoloniale Kritik des deutschen Rechtsdiskurses, in: Berghahn/Rostock (Hrsg.), Der Stoff aus dem Konflikte sind, 2009, 361 (379).

90 Barskanmaz, Das Kopftuch als das Andere. Eine notwendige postkoloniale Kritik des deutschen Rechtsdiskurses, in: Berghahn/Rostock (Hrsg.), Der Stoff aus dem Konflikte sind, 2009, 361 (380).

Deutlichster Ausdruck dafür, dass Neutralität einseitig aus der Mehrheitsperspektive definiert wird, sind die sogenannten „Abendlandklauseln“. So war gemäß § 45 S. 3 HessBG, der Rechtsgrundlage für das Kopftuchverbot im Rechtsreferendariat, bei der Entscheidung über das Verbot religiöser Kleidung oder Symbole gleichzeitig der „christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen“⁹¹. Ob ein neutrales Verhalten im Sinne der Neutralitätsgesetze vorliegt, ist danach im Lichte der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition eines Landes zu bestimmen. In der Gesetzesbegründung heißt es dabei gleichheitswidrig: „All jene Erkennungsmerkmale, die der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition Hessens entsprechen, bleiben zulässig“⁹². Während der erste Senat eine vergleichbare Regelung in § 57 Abs. 4 S. 3 SchulG NRW wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 und Art. 33 Abs. 3 GG für nichtig erklärt hatte,⁹³ erachtet der zweite Senat diese Privilegierung in der Entscheidung zum juristischen Vorbereitungsdienst für verfassungskonform auslegbar. Er stellt sich auf den Standpunkt der formalen Gleichheit: Solange nur alle Äußerungen formal vom Verbot erfasst würden, sei dies legitimer Ausdruck einer wie auch immer gearteten Neutralitätskonzeption. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 S. 1 GG, Art. 4 Abs. 1, 2 GG liege nicht vor. Der Gesetzgeber möge „eine Privilegierung christlicher Bekundungen für möglich gehalten haben“, habe aber dadurch, dass er die Bestimmung der konkret zulässigen Symbole der behördlichen Einzelfallentscheidung überantwortete zu erkennen gegeben, dass auch christliche Verbote grundsätzlich dem Wortlaut unterfallen würden.⁹⁴

Eine einseitige Privilegierung findet sich auch im bayerischen Recht. So erfasst das Verbot in BayRiStAG nach dem Willen des Gesetzgebers nur Kopftuch, Kippa und ein „auffällig getragenes Kreuz“.⁹⁵ Doch die Differenzierung zwischen gewichtigen und weniger gewichtigen Zeichen ist selbst nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine grund-

91 § 45 HessBG lautet nun „Erscheinungsbild der Beamtinnen und Beamten“ und verweist auf § 34 BeamtStG, G. v. 15.11.2021 (GVBl. Nr. 46, 718). Eine ähnliche Regelung findet sich aber noch in Art. 59 Abs. 2 S. 4 BayEUG.

92 Hess. LT-Drs. 16/1897 neu, 4.

93 BVerfG Beschl. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471, 1181/10, BVerfGE 138, 296 (346 ff.) – Kopftuch II.

94 BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (52 f.) – Kopftuch III.

95 Bay. LT-Drs. 17/18836, 38.

sätzlich unzulässige unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion.⁹⁶ Flankiert (bzw. konterkariert) wird das Neutralitätsgebot durch § 28 der Allgemeinen Geschäftsordnung (AGO) für die Behörden des Freistaats, der „als Ausdruck der geschichtlichen und kulturellen Prägung Bayerns“ die Pflicht zur Anbringung von Kreuzen im Eingangsbereich aller Dienstgebäude statuiert.⁹⁷ Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs München verletzt dies zwar immerhin die objektiv-rechtliche Pflicht des Staates zur weltanschaulich-religiösen Neutralität, allerdings begründe diese für die klagende Weltanschauungsgemeinschaft keine subjektiven Rechte.⁹⁸ In der richterlichen Würdigung wird die Deutung religiöser Symbole und Kleidungsstücke aus der Mehrheitsperspektive deutlich: So seien die negative Glaubensfreiheit oder das Gleichheitsrecht religiöser Minderheiten nicht betroffen, da das Kreuz als „passives Symbol ohne missionierende oder indoktrinierende Wirkung“ keine beeinträchtigende Wirkung habe,⁹⁹ während das Kopftuch pauschal als konfliktträchtiger Stoff¹⁰⁰ wahrgenommen wird. Die Münchner Richter:innen begnügen sich mit Privatempirie und rekurrieren auf die „allgemeine Lebenserfahrung“, wonach ein Kreuz

96 Vgl. zu einer entsprechenden betrieblichen Neutralitätsregel EuGH, Urt. v. 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19, ECLI:EU:C:2021:594, Rn. 72 f. – Müller; anders aber BayVerfGH Entsch. v. 14.3.2019 – Vf. 3-VII-18, NVwZ 2019, 721 Rn. 41 ff.; krit. hierzu Sandhu, Erwidern auf Heinig – Vier Gegenthesen, BDVR-Rundschreiben – Zeitschrift für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2/2019, 19.

97 Allgemeine Geschäftsordnung für die Behörden des Freistaats Bayern (AGO), Änderung v. 1.6.2018 (GVBl. 281). Nach § 36 AGO wird dies auch Gemeinden, Landkreisen, Bezirken und sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts empfohlen, also auch Universitäten.

98 VGH München Urt. v. 1.6.2022 – 5 B 22.674, S. 13. Krit. Tischbirek, Wo ein Kläger, da kein Richter?, Zu den „Kreuzerlass“-Urteilen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, in: VerfBlog, 7.9.2022, DOI: 10.17176/20220907-230641-0.

99 VGH München Urt. v. 1.6.2022 – 5 B 22.674, S. 14; EGMR Urt. v. 18.3.2011, 30814/06, NVwZ 2011, 737 – Lautsi.

100 Zum Einfluss kolonialistisch geprägter Bilder auf die deutsche Rechtsprechung zum Kopftuch aus diskursanalytischer Perspektive Barskanmaz, Das Kopftuch als das Andere. Eine notwendige postkoloniale Kritik des deutschen Rechtsdiskurses, in: Bergbahn/Rostock (Hrsg.), Der Stoff aus dem Konflikte sind, 2009, 361 (372 ff.); zur „biased interpretation“ des EGMR Romero, The European Court of Human Rights and Religion: Between Christian Neutrality and the Fear of Islam, NZJPIL 11 (2013), 75 (83, 95), die zu dem Schluss kommt: „With its simplistic and reductive reading of Islamic rules and traditions, the Court might end up contributing to the negative stereotyping of public manifestations of the Islamic faith“ (101); zur unterschiedlichen Wahrnehmung religiöser Praktiken auch Bade, Die Identität der Mehrheit und die Grenzen ihres Schutzes, AöR 142 (2017), 566 (592 f.).

im Eingangsbereich eines Dienstgebäudes nur „flüchtig“ wahrgenommen werde, im öffentlichen Raum „an zahlreichen Stellen“ das Straßenbild präge und der Einzelne dem Glaubenssymbol ausweichen könne.¹⁰¹ Unabhängig von der dabei nicht gewürdigten Tatsache, dass nach § 28 AGO explizit das Kreuz „gut sichtbar“ angebracht werden muss, sticht die recht einseitige und homogene Lebenserfahrung des Senats bei der Beurteilung religiöser Symboliken in Dienstgebäuden ins Auge.

Diese Abwehrreflexe beruhen auf der vermeintlichen Dichotomie zwischen der individuellen Religionsausübung einer Minderheit und der kollektiven kulturellen Identität. Das individuelle Tragen des Kopftuchs im Staatsdienst relativiert nicht den christlich geprägten Kulturbegriff des freiheitlich säkularen Staates.¹⁰² Dieser kann „in neutraler Offenheit respektiert“¹⁰³ sowie als historisch-kulturell bedeutsame Tatsache vermittelt werden, ohne gleichzeitig die Entfaltungsfreiheit anderer Religionen in paritätischer Gleichheit in Frage zu stellen. Mit der Verbotsgesetzgebung wird unter dem Deckmantel der Neutralität¹⁰⁴ eine Mehrheitsidentität pauschal präventiv verteidigt, die aber durch ein individuell getragenes Kopftuch gar nicht bedroht ist. Verfehlt ist schon die ungeschriebene zugrunde gelegte Prämisse, das Kopftuch sei per se als Ausdruck einer ablehnenden Haltung gegenüber der Werteordnung des Grundgesetzes zu deuten. Justizneutralitätsgesetze ordnen das Prinzip materialer Gleichheit und individueller Freiheitsausübung einer historisch-gewachsenen, allerdings erst in Abgrenzung zum „Fremden“ definierten¹⁰⁵ Mehrheitsidentität unter.¹⁰⁶ Die staatliche Neutralität verlangt gerade keine Indifferenz

101 VGH München Urt. v. 1.6.2022 – 5 B 22.674, S. 14.

102 In diese Richtung aber Nettesheim, *Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben*, 2017, S. 84 f., materiale Gleichheit sei eine Form „liberaler“ Kolonialisierung des öffentlichen Raums“.

103 Heckel, *Das Kreuz im öffentlichen Raum – Zum „Kruzifix-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl. 1996, 453 (482); vgl. die scharfe Analyse von Mahmood, *Religious Difference in a Secular Age: A Minority Report*, 2016, S. 87: “on the one hand, the modern state enshrines majoritarian values in the social and legal norms of the nation; on the other, it holds out the promise that states *can* be a neutral arbiter of religious differences”.

104 Zu Neutralitätsanforderungen als „Instrument [...] kollektiver Kulturpflege“ Gärditz/Kamil Abdulsalam, *Verfassungsfragen des Gesetzes zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten*, ZBR 2021, 289 (295).

105 Auf diesen Reflex weist Orgad hin: “Muslim migrants have pushed Europeans to reaffirm, even if symbolically, their Christian heritage”, *The Cultural Defense of Nations*, 2015, S. 77.

106 Explizit fordert Orgad, *The Cultural Defense of Nations*, 2015, S. 112 im Migrationskontext einen “civic” bzw. “cultural nationalism”. Zu entsprechenden For-

oder gar die prinzipielle Ausgrenzung des Religiösen aus dem staatlichen Wirkungsbereich, sie ermöglicht vielmehr die Bewahrung des historisch-kulturellen und religiösen Erbes unter gleichzeitiger Gewährleistung, dass der Staat „Heimstatt aller Staatsbürger“¹⁰⁷ ist.¹⁰⁸ In einer von religiöser Vielfalt geprägten Gesellschaft¹⁰⁹ ist das offene Neutralitätsverständnis die Voraussetzung dafür, dass die positive Religionsfreiheit der verschiedenen Bekenntnisse gleichberechtigt zum Ausdruck kommen kann und zugleich die prägende Mehrheitsidentität nicht negiert werden muss.¹¹⁰ Eine Grenze ist jedoch dann erreicht, wenn der von der Mehrheit abweichenden Glaubensausübung eingeschränkter Raum zur Entfaltung geboten wird, wenn sie durch staatliche Abwehrreflexe aus dem öffentlichen Raum aktiv verbannt wird. Je stärker der Staat ein entsprechendes Selbstbild prägt, das von der Mehrheitsreligion und -kultur getragen wird, desto eher gebietet die weltanschaulich-religiöse Neutralität die Einbettung abweichender religiöser Praktiken.¹¹¹ In den Worten *Horst Dreiers*: Der säkulare Staat „bildet kein Gegenwicht zum Glauben, sondern bietet diesem eine Platt-

derungen in Deutschland, die „Stützung einer bestimmten Identitätskonzeption“ als genuinen Verfassungswert anzuerkennen, der dem Gesetzgeber ermöglichen soll, traditionell verankerten oder „von einer überaus großen Mehrheit gepflegt[en]“ Lebensweisen eine besondere Wertschätzung entgegenzubringen, Nettesheim, *Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben*, 2017, S. 72.

- 107 BVerfG Urt. v. 14.12.1965 – 1 BvR 413, 416/60, BVerfGE 19, 206 (216) – Kirchenbausteuer; BVerfG Beschl. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 (36) – Kopftuch III.
- 108 Bade, *Die Identität der Mehrheit und die Grenzen ihres Schutzes*, AöR 142 (2017), 566 (581); Kästner, in: *Bonner Kommentar GG*, Stand 2010, Art. 140 GG Rn. 122.
- 109 Die Gesellschaft ist nicht areligiöser, sondern nur religiös pluraler geworden, vgl. Dreier, *Säkularisierung und Sakralität*, in: Gröschel/Jestaedt/Schneider (Hrsg.), *Fundamenta Juris Publici*, 2013, 1 (5), wonach Entkirchlichung nicht mit Religionsschwund gleichzusetzen ist; Waldhoff, *Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität: Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?*, in: *Verhandlungen des 68. DJT*, 2010, I, D 1 (16 ff.).
- 110 Bade, *Die Identität der Mehrheit und die Grenzen ihres Schutzes*, AöR 142 (2017), 566 (580); Heckel, *Das Kreuz im öffentlichen Raum – Zum „Kruzifix-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl. 1996, 453 (473) zum Zusammenspiel „der Neutralität staatlicher Distanzierung und Respektierung“ (Hervorhebung im Original).
- 111 Insofern eine Übertragung der „reasonable accommodation“ aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis postulierend Bade, *Die Identität der Mehrheit und die Grenzen ihres Schutzes*, AöR 142 (2017), 566 (589 f.).

form.“¹¹² Will der Staat verhindern, dass aus der in einer homogenen Gesellschaft einheitsverbürgenden Kraft von Religion in einer pluralistischen Gesellschaft eine dissoziative wird, muss er allen Religionen innerhalb des Rahmens der freiheitlich verfassten Grundordnung gleichermaßen Entfaltungsfreiheit im öffentlichen Raum gewähren.

III. Gleichheit als Verfassungsauftrag

Inwiefern der Individualität im öffentlichen Dienst Ausdruck verliehen werden darf, ohne dass das Vertrauen der Bevölkerung in die Funktionsfähigkeit und Neutralität der Amtspersonen beeinträchtigt wird, bestimmt sich im Dienstrecht traditionell nach den allgemeinen gesellschaftlichen Anschauungen und ändert sich entsprechend der sich wandelnden Bevölkerung.¹¹³ Je höher die Akzeptanz von Ohrschmuck, Tattoos oder männlichen Langhaarfrisuren in der Gesellschaft, so die dienstrechtliche Judikatur, desto weniger ist die Repräsentations- und Vertrauensfunktion uniformierter Beamten gefährdet.¹¹⁴ Zur Ermittlung des Grads der Ablehnung bemühen die Gerichte – anders als bei der Frage der Akzeptanz des Kopftuchs¹¹⁵ – demoskopische Umfragen und empirische Erhebungen. Doch während Piercings, Tattoos oder sonstige Modeerscheinungen von Beamtinnen und Beamten Ausdruck der freien Persönlichkeitsentfaltung sind, ist der Verweis auf die gesellschaftliche Akzeptanz als Gradmesser für die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit bei religiösen Minderheiten verfehlt. Das Maß der Sichtbarkeit unterschiedlicher religiöser Zugehörigkeit von Beamt:innen kann gerade nicht durch die vorherrschenden gesellschaftlichen Anschauungen bestimmt werden. Dies stellte das *Forum externum* der individuellen Religionsausübungsfreiheit einer Minderheit stets zur Disposition der Mehrheit und liefe dem Paritätsversprechen des weltanschaulich-religiös neutralen Staates zuwider, das maßgeblich in Art. 4

112 Dreier, Säkularisierung und Sakralität, in: Gröscher/Jestaedt/Schneider (Hrsg.), *Fundamenta Juris Publici*, 2013, 1 (38).

113 Zum Tattoo von Polizeivollzugsbeamten BVerwG Urt. v. 17.11.2017 – 2 C 25/17, BVerwGE 160, 370 (382 f.).

114 BVerwG Urt. v. 17.11.2017 – 2 C 25/17, BVerwGE 160, 370 (383).

115 Hatte das Bundesverfassungsgericht im ersten Kopftuchfall noch die Empirie bemüht, um die Wirkung des Kopftuchs der Lehrerin auf Schulkinder und Eltern sachverständig aufklären zu lassen, wurde der Boden empirischer Sozialforschung im Justizdiskurs zu Gunsten des objektiven Empfängerhorizonts gar nicht erst betreten. Die Kopftuch III-Entscheidung erging ohne mündliche Verhandlung und Sachverständigenanhörung.

Abs. 1, 2, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG wurzelt. Es spielt für die Reichweite der individuellen Glaubensfreiheit prinzipiell keine Rolle, ob die Person einer der beiden großen Kirchen angehört oder einer eher randständigen Minderheit. Keine Beamtin muss grundsätzlich ihr individuelles Bekenntnis am Behördeneingang abgeben.¹¹⁶ Gleichstellungsrechte sind keine Frage gesellschaftlicher Anschauungen, sie sollen im Gegenteil benachteiligende Vorverurteilungen abbauen.

D. Exklusionsmechanismus

In einem Essay, der die aktuellen Studien- und Datenlage zusammenträgt, wird für die Justiz ein Diversitätsdefizit konstatiert.¹¹⁷ Menschen mit Migrationsgeschichte sind in fast allen Bereichen der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis unterrepräsentiert. Als Gründe werden Exklusionsmechanismen benannt, wie etwa die Benachteiligung im Bildungswesen, Diskriminierungserfahrungen mit der Staatsgewalt oder das Fehlen von Vorbildern. Doch es existieren handfeste Exklusionsmechanismen wie die im letzten Jahrzehnt um sich greifenden Justizneutralitätsgesetze in Bund und Ländern.¹¹⁸ Weder Bildungsferne noch Sprachschwächen sind Grund für ihre Ablehnung, sondern die sichtbare Religionszugehörigkeit. Schon 2003 wies das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass Kopftuchverbote eine „besondere Ausschlusswirkung für bestimmte Gruppen“¹¹⁹ zeitigen. Die Diskriminierungswirkung betrifft fast ausschließlich Frauen, oftmals zu-

116 Vgl. schon Böckenförde, „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, 723 (725); Sinder, Das Kopftuchverbot für Richterinnen, Der Staat 57 (2018), 459 (472), im Kontrast zu GA Kokott, Schlussanträge v. 31.5.2016 – C-157/15, ECLI:EU:C:2016:382, Rn. 116, religiöse Merkmale könnten „an der Garderobe abgegeben“ werden.

117 Grünberger/Mangold/Markard/Payandeh/Towfigh, Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2021, S. 36 ff.

118 Eine Übersicht über die deutsche Verbotsgesetzgebung findet sich im Länderreport der Open Society Initiative, Restrictions on Muslim Women’s Dress in the 27 EU Member States and the United Kingdom. Current Law, Recent Legal Developments and the State of Play, March 2022, S. 93 ff., abrufbar unter www.justiceinitiative.org (letzter Abruf am: 25.10.2022).

119 BVerfG, Urt. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 (312 f.) – Kopftuch.

dem nicht-deutscher Herkunft.¹²⁰ Die Menschenrechtsorganisation *Human Rights Watch* spricht von „Diskriminierung im Namen der Neutralität“¹²¹, eine Studie der Open Society Initiative sieht in der Neutralitätsgesetzgebung eine „zeitgenössische Form des Rassismus“¹²², in jedem Fall aber sind die Verbotsgesetze „Ausdruck von Illiberalität“¹²³. Nicht die Sichtbarkeit von Religiosität im Staatsdienst, sondern vielmehr das Fehlen von Diversität¹²⁴ und wiederkehrende Skandale¹²⁵ sowie strukturelle Diskriminierung gefährden das Vertrauen in die Justiz und ihre Funktionsfähigkeit.¹²⁶ Zumindest vor der Kopftuchdebatte in der Justiz galten insbesondere ein

-
- 120 Berghahn, Deutschlands konfrontativer Umgang mit dem Kopftuch der Lehlerin, in: Berghahn/Rostock (Hrsg.), *Der Stoff aus dem Konflikte sind*, 33 (67): „Musterbeispiel für intersektionelle Diskriminierung“.
- 121 HRW, *Diskriminierung im Namen der Neutralität. Kopftuchverbote für Lehrkräfte und Beamte in Deutschland*, Februar 2009, abrufbar unter <https://www.hrw.org/de/report/2009/02/26/diskriminierung-im-namen-der-neutralitat/kopftuch-verbote-fur-lehrkraefte-und> (letzter Abruf am: 25.10.2022).
- 122 Hutten/Mustafa, *Contesting Neutrality Dress Codes in Europe*, 2022, S. 4: “The claim of ‚neutrality‘ disguises a contemporary form of racism, whereby certain religious minorities are racialized and excluded in the name of a principle that may once have been adopted for their protection.” („Hinter dem Neutralitätsbegriff verbirgt sich eine zeitgenössische Form des Rassismus, bei der religiöse Minderheiten rassifiziert und im Namen eines Prinzips ausgeschlossen werden, dass einst zu ihrem Schutz geschaffen worden ist.“).
- 123 Wiese, *Ausdruck von Illiberalität: Kopftuchverbote in Deutschland*, NLMR 2021, 5.
- 124 Aus demokratietheoretischer Sicht Mangold, *Repräsentation von Frauen und Minderheiten als Problem der Demokratietheorie*, in: Eckertz-Höfer/Schuler-Harms (Hrsg.), *Gleichberechtigung und Demokratie – Gleichberechtigung in der Demokratie: (Rechts-) Wissenschaftliche Annäherungen*, 2019, 109; vgl. auch Limbach, *Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in: *Soziologie des Rechts*, FS Erhard Blankenburg, 1998, 207 (219) zum höheren „Erfahrungsaufgebot“ einer divers zusammengesetzten Richterbank.
- 125 Einen „rechten Marsch durch die Institutionen“ dokumentieren die Berichte von Gürgen (*Der Neukölln-Komplex und die Berliner Justiz*, 39 ff.), Gelhaar (*Im Namen der Neutralitätspflicht*, 77 ff.) und Fahrner (*Rechte Richter*innen und verbale Ausfälle*, 145 ff.), in: Austermann/Fischer-Lescano/Kaleck/Kleffner/Lang/Pchl/Steinke/Vetter, (Hrsg.), *Recht gegen rechts Report 2022*.
- 126 Vgl. nur Jäger, *Unbewusste Vorurteile im Gerichtssaal*, in: *Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Rassistische Straftaten erkennen und verhandeln*, 2018, 48 ff., zu entsprechender Forschung aus den Vereinigten Staaten, wonach (unbewusste) rassistische Zuschreibungen von Richterpersonen der Mehrheitsgesellschaft sich in der Verurteilungswahrscheinlichkeit und im Strafmaß schwarzer Angeklagter niederschlagen; zur Notwendigkeit interkultureller Kompetenz in der Justiz bspw. bei der Glaubhaftigkeitsbeurteilung Samadzade, *Interkulturelle Kompetenz. Voraussetzung für ein faires Verfahren und Zukunftsaufgabe der*

als gerecht empfundenen Rechtssystem, transparente Entscheidungsfindung und die hohe Qualität von Gerichtsentscheidungen als entscheidende Voraussetzung für das Vertrauen in die Justiz.¹²⁷ Entsprechend tief sank das Vertrauen im Sommer 2022 nach zwei Jahren pandemischem Ausnahmezustands¹²⁸: Erstmals gaben 30 % der Befragten an, der Justiz eher nicht zu vertrauen.¹²⁹ Eine gleichheitsorientierte Betrachtung macht deutlich, dass wenn grundlegende Pfeiler der geltenden grundgesetzlichen Ordnung über das Verhältnis Staat und Religion, religionspolitische Leitbilder oder das Bürgerschaftsmodell für *alle*¹³⁰ neu verhandelt werden sollen, dies einer allgemeinen Debatte über das Grundgesetz, womöglich sogar in einem Verfassungskonvent bedarf. Jedenfalls ist es verfehlt, dies unter Infragestellung der gleichen Würde und individuellen Grundrechte auf dem Rücken einer Minderheit auszuhandeln. Seit Jahrzehnten steht das Kopftuch im Staatsdienst stellvertretend für die Gretchenfrage¹³¹ der deutschen Innenpolitik ob der Islam zu Deutschland gehöre. Die gelebte Realität fä-

Justiz, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), *Rassistische Straftaten erkennen und verhandeln*, 2018, 55.

127 Frank, *Vertrauen in die Justiz: Voraussetzungen – Gefährdungen*, in: Assmann/Baasner/Wertheimer (Hrsg.), *Vertrauen*, 2014, 43.

128 Zu diesem Barczak, *Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft*, 2. Aufl. 2021, S. 685 ff.; zur mageren Bilanz des gerichtlichen Rechtsschutzes und dem dadurch bedingten Vertrauensverlust Blankenagel, *Did Constitution Matter?*, JZ 2021, 702 (708 f.).

129 Standard-Eurobarometer 97, *Die öffentliche Meinung in der Europäischen Union*, S. T28, abrufbar unter <https://europa.eu/eurobarometer/api/deliverable/download/file?deliverableId=83436> (letzter Abruf am: 25.10.2022).

130 Im Ausgangsfall des Streits um das Kopftuch der Lehrerin befand das Verwaltungsgericht Stuttgart, dass die christliche Wertentscheidung der Landesverfassung dahingehend verstanden werden könne, „dass für Lehrer, die nichtchristlichen Religionen anhängen, ihre Religionsausübung im Dienst wohl nur unter engeren Voraussetzungen möglich ist als dies bei Lehrern der Fall ist, die christlichen Religionen anhängen.“, Urt. v. 24.3.2000 – 15 K 532/99, NVwZ 2000, 959 (961).

131 Aufgrund der „unseligen Verschmelzung von Migrations- und Islamfragen“ wird die Religionsfreiheit der Muslime primär migrationspolitisch diskutiert, wobei Migration ihrerseits „vor allem als Bedrohung der Nationalgesellschaft [...] und der kulturellen Identität“ betrachtet wird, Behr, *Islam und Intersektionalität*, in: Kulaçatan/Behr (Hrsg.), *Migration, Religion, Gender und Bildung*, 2020, 17 (27 f.); vgl. auch Henkes/Kneip, *Von offener Neutralität zu (unintendiertem) Laizismus: Das Kopftuch zwischen demokratischen Mehrheitswillen und rechtsstaatlichen Schranken*, *Leviathan – Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft* 38 (2010), 589 (611).

higer Amtsträgerinnen mit Kopftuch hätte diese Diskussion längst obsolet werden lassen können.