



## Der »Anschein der Neutralität« als schützenswertes Verfassungsgut? <sup>1</sup>

Seit dem (noch nicht rechtskräftigen) Augsburger Richterspruch vom Juni 2016 haben Kopftuchverbote wieder Konjunktur. In dem von mir angestregten Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Augsburg ging und geht es zwar nicht um das Amt des Berufsrichters, sondern um unzumutbare Beschränkungen bereits in meiner Referendarausbildung. Unabhängig von der fehlenden rechtlichen Grundlage erachte ich ein Kopftuchverbot in der Justizausbildung als einschneidende Verletzung multipler Grundrechte, insbesondere der Ausbildungsfreiheit und der Chancengleichheit, aber auch der Glaubensfreiheit. Dennoch hat das Urteil über die Landesgrenzen hinweg erneut einen Gesetzgebungsaktionismus ausgelöst, diesmal für alle möglichen Bereiche in der Justiz.

Geregelt werden soll nun unter Verweis auf das Urteil in meiner Sache, gleichsam vorgreiflich, ein Bereich, der bisher noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung gewesen ist. Mehr als ein Jahrzehnt nach den ersten Verbotsgesetzen im Schulwesen, deren Korrektur spätestens seit 2015 überfällig ist, werden sie nun speziell für die Justiz konzipiert. Neu sind sie nicht: In Hessen und Berlin bestehen bereits weitreichende, verfassungsrechtlich nicht unbedenkliche Verbote für die Landesbeamtenschaft, in Hessen gar unabhängig davon, ob sie nach außen hoheitlich tätig werden. In Baden-Württemberg zeichnet sich eine Verbotsregelung ab, die Berufsrichterinnen und Staatsanwältinnen das Kopftuch verbieten, Schöffinnen, Rechtspflegerinnen und Protokollantinnen hingegen ausnehmen soll. Auch in Bayern ist die Novellierung des Bayerischen Richtergesetzes angekündigt, um, so Bayerns Justizminister, »vor allem dem Kopftuch auf der Richterbank eine eindeutige Absage [zu] erteilen«.

Zur Rechtfertigung rekurriert der baden-württembergische Justizminister Guido Wolf auf das Bedürfnis »den Anschein der mangelnden Unparteilichkeit und Neutralität zu verhindern«. Die Vermeidung des Anscheins fehlender Neutralität überwiege schlichtweg die Glaubensfreiheit der betroffenen Personen. Der »Anschein der Neutralität« – ein eigenständiges Verfassungsgut, das all die Jahre ein unerforschtes Dasein fristete? Oder vielleicht doch eher ein opportunes Konstrukt?

### Subjektive Fehleinschätzungen und objektive Gefahrenlagen

Galt es bei dem Verbot des Tragens einer religiös motivierten Kopfbedeckung im Schulwesen zunächst noch »abstrakten Gefahren« für den nach Ansicht von *Ute Sacksofsky* zu Unrecht zum Verfassungsgut aufgestiegenen »Schulfrieden«<sup>2</sup>

vorzubeugen und die religiös-weltanschauliche Neutralität sowie konfligierende Grundrechtspositionen zu wahren, so geht es nunmehr – um in den sicherheitsrechtlichen Gefahrenkategorien zu bleiben – um die Abwehr von Putativgefahren: Aufgrund subjektiver Fehlvorstellungen wird auf eine objektiv nicht bestehende Gefahrenlage geschlossen.

Dabei ist es gerade die Besonderheit der Justiz, die keine Verbote rechtfertigt. Verhandlungen vor deutschen Gerichten sind öffentlich, Urteile unterliegen der Begründungspflicht. Jeder genießt den grundrechtlich gewährleisteten Anspruch auf rechtliches Gehör. Entscheidungen sind in der Regel mit Rechtsmitteln angreifbar. Prozessbeteiligte haben das Recht auf den gesetzlichen Richter und bei dessen Verletzung die Möglichkeit, ihn wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Angesichts dieser rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen kann nicht pauschal von einer Gefahrenlage ausgegangen werden, da Mechanismen bestehen, die die neutrale Rechtsfindung bei konkreter Gefährdung wahren sollen. Ein Gerichtssaal ist ein Ort der Wahrheitsfindung und der argumentativen Streitbeilegung, idealerweise mit dem Ziel Rechtsfrieden zu schaffen. Eine erkennbar muslimische Richterin tut diesen Zielen keinen Abbruch, sonst wäre ihre Befähigung zum Richteramt das Papier, auf dem sie bescheinigt wird, nicht wert.

### Neutrale Richter im neutralen Staat

Der Gehalt der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates ist nicht identisch mit der Neutralität der Richterschaft. Auch unter jedem anderen als dem grundgesetzlichen Kooperationsmodell, wie etwa im konfessionellen oder im strikt laizistischen Staat, hat die Judikative ihr Amt gleichwohl unparteiisch und neutral auszuüben. Während Art. 97 GG den Richter vor Weisungen, Abhängigkeiten und äußeren Einflüssen schützt und in persönlicher Hinsicht dessen Unbeteiligtheit im konkreten Fall gewährleisten soll, handelt es sich beim Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates um ein objektives Verfassungsprinzip, das sich an den Staat und nicht an seine Bediensteten richtet. Es verwehrt dem Staat, sich mit einer bestimmten Religion zu identifizieren, nicht jedoch dem für den Staat handelnden Individuum. Ein Beamter wird seiner Grundrechtsfähigkeit auch

<sup>1</sup> Der Beitrag erschien erstmals am 09.01.2017 auf ‚Verfassungsblog | On Matters Constitutional‘ (<http://verfassungsblog.de/>). Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung der Autorin.

<sup>2</sup> DVBl 2015, 801 (806).

nicht durch die Eingliederung in den hoheitlichen Aufgabenbereich verlustig. Daraus folgt: Gerade der religiös-weltanschaulich neutrale Staat schafft die Prämissen dafür, dass seine Bediensteten auch bei Amtsausübung ihre individuelle religiöse Überzeugung nicht verbergen müssen. Es ist gerade diese Offenheit, die die religiöse und weltanschauliche Neutralität des freiheitlichen Staates kennzeichnet.

### Der »Anschein der Neutralität« als Scheinargument

Eine Robe ist kein Garant für die neutrale Amtsausübung. Sie ist auch nicht Ausdruck von Irreligiosität, so wie das Kopftuch nicht Ausdruck einer religiös motivierten Rechtsprechung ist. Eine Robe mag Seriosität vermitteln, auch Professionalität, indem sie den Richter als Träger einer bestimmten Funktion kennzeichnet, nicht jedoch ohne Weiteres auch Neutralität. Denn auch der Anwalt als einseitiger Interessensvertreter hüllt sich vor deutschen Gerichten gewöhnlich in die Robe. Dies mag seiner Funktion als »Organ der Rechtspflege« Ausdruck verleihen (§ 1 BRAO), widerspricht aber jedenfalls nicht seiner naturgemäß fehlenden Neutralität.

Als Symbol wird die Robe häufig in Kontrast zur Kopfbedeckung gestellt. Doch auch wenn ein Kopftuch im Unterschied zum Barett als Teil der Amtstracht in der Regel aus einer religiösen Motivation getragen wird, macht das bloße Tragen die persönliche Überzeugung noch nicht allgemein verbindlich und steht der neutralen und unparteiischen Amtsführung nicht entgegen.

Denn eine Robe ist keine Schutzkleidung, die vermeintliche Sterilität vermitteln soll oder gar eine Verkleidung, hinter der ein Richter seine wahren Absichten verbergen soll. Auch steht sie nicht der richterlichen Grundrechtsfähigkeit entgegen. Der moderne Verfassungsstaat verlangt von seinen Beamten nicht mehr das von *Arnold Köttgen* noch 1932 als Relikt der absoluten Monarchie beschriebene »restlose Aufgehen der Person des Amtsträgers in einer vom Staat repräsentierten Idee« (in: *Anschtütz/Thoma*, Hdb zum Deutschen Staatsrecht, Bd. 2, S. 1 (6)). Die Robe führt nicht zur Rückkehr zu diesem, stark monarchistisch geprägtem Verständnis der eingeschränkten Grundrechtsfähigkeit von Beamten. Eine Richterin gibt mit ihrem Amt ihre Individualität und ihre politischen, religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen nicht auf. Sie darf sich nur keinesfalls von diesen bei der Entscheidungsfindung leiten lassen – muss sie aber auch nicht verbergen.

### Restrisiko Unabhängigkeit

Der »Anschein der Neutralität« ist kein um seiner selbst willen verfassungsrechtlich geschütztes Gut. Er ist allenfalls Ausdruck eines subjektiven Empfindens, das von anderen Verfassungsgütern, wie der negativen Religionsfreiheit potenzieller Verfahrensbeteiligter, gerade nicht geschützt ist.

Das, was der Landesgesetzgeber nun auf Kosten individueller Freiheitsrechte gesetzlich zu gewährleisten versucht, kann die Verfassung in Art. 97 schlicht nicht garantieren: Die innere Unabhängigkeit eines Richters kann nur dieser selbst

beurteilen. Er muss gewissenhaft prüfen, ob er ausreichend Distanz und Neutralität zur konkreten Rechtsfrage aufbringen kann und sich im Zweifel selbst ablehnen. Dieses Restrisiko kann keine gesetzliche Vorschrift vorab absichern, es ist vielmehr eine Frage der Richterethik. Wer diese Richterethik im Einzelfall grob verletzt, wird sich der Schelte der Rechtsmittelinstanz oder – im Fall des vorsätzlichen Amtsmisbrauchs durch Rechtsbeugung gar – der Strafbarkeit aussetzen.

»Vom Mythos der Unabhängigkeit« sprach in diesem Zusammenhang der Politikwissenschaftler *Rolf Lamprecht* in seiner vor zwanzig Jahren erschienenen gleichnamigen Abrechnung mit der dritten Gewalt. »Die eigene Weltanschauung zurückzustellen«, so *Lamprecht*, »ist eine Kunst, die nur wenige beherrschen. Viele sind sich der individuellen Einflüsse nicht mal bewusst; sie fließen unkontrolliert in das jeweilige Urteil ein. Manche kennen zwar die Determinanten, tun aber alles, um sie nicht sichtbar werden zu lassen« (ebd., S. 31). Beobachter mögen in der Entscheidung der Bayerischen Verfassungsrichter 1997 die Bestätigung hierfür gesehen haben, als neun Richter, darunter der ehemalige Präsident des Landeskomitees der bayerischen Katholiken, einstimmig das Bayerische Schulkreuzgesetz absegneten (siehe die Kritik bei *Gerhard Czermak*, in: *KJ* 1997, 490). Dem bloßen Anschein nach war keiner von ihnen befangen. Doch Abhängigkeiten und Einflüsse sind nicht sichtbar. Sie werden aber von der Rechtsordnung – was insbesondere die Richterwahl oder die fehlende Selbstverwaltung der Justiz verdeutlichen – in Kauf genommen.

Dennoch ist davon auszugehen, dass die Praxis dem verfassungsrechtlichen Anspruch, Unabhängigkeit zu gewährleisten, in den allermeisten Fällen auch gerecht wird. So ist aus der Justizsoziologie her bekannt, dass biografische Daten nicht zwingend eine bestimmte Urteilsentscheidung präjudizieren. Es mag zwar den beschworenen »Mythos der Unabhängigkeit« so allgemein nicht geben, wohl aber den schon von *Jutta Limbach*, damals noch als Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts, in ihrer Vortragssammlung »Im Namen des Volkes« kritisierten »Mythos vom unpolitischen Richter« (S. 116).

Sie weist darauf hin, dass sich gerade die politische Indifferenz sowie gesellschaftliche und moralische Abstinenz als zu schwaches Schutzschild gegenüber Ideologien erweist: »Der Richter, der sich von politischen und sozialen Werturteilen frei zu halten sucht ... dürfte sich sehr schnell als wehrlos gegenüber gesellschaftlichen Konformitätszwängen erweisen« (ebd., S. 102).

Eine völlig gleichgültige und ethisch wertfreie Jurisprudenz gibt es nicht und kann es auch nicht geben, jedenfalls nicht, solange die Rechtsprechung nicht der Automatisierung anheimfällt.

Objektivität ist ein Idealzustand, dem jeder Richter verpflichtet ist, den aber kein Gesetzgeber proaktiv versichern kann – auch nicht durch Kleidungsverbote und Amtstrachten-erlasse. Dennoch ist der Rechtsuchende den menschlichen Regungen des Richters nicht schutzlos ausgeliefert. Verstöße gegen diese Pflicht können im Einzelfall die Besorgnis der Befangenen begründen. Allerdings lässt sich ein Befangenenantrag nicht bereits mit dem subjektiven Empfinden rechtfertigen. Maßgeblich ist vielmehr die fehlende Gewähr

der Unparteilichkeit, nicht der bloße Anschein. Zweifel an der Unparteilichkeit können angebracht sein, wenn bei vernünftiger Würdigung das Misstrauen objektiv gerechtfertigt ist, wobei auf den Standpunkt des besonnenen, nicht des besorgten Verfahrensbeteiligten abzustellen ist. Weder religiöse noch parteipolitische Zugehörigkeiten führen per se zur Befangenheit, selbst dann nicht, wenn jemand »politische Überzeugung hat und diese auch nach außen offenbart und vertritt«. Dies hat zur Folge, dass auch ein Richter, der sich aktiv im Verein Lebensrecht engagiert hat, unbefangen über die Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs entscheiden kann.

Und selbst wenn im Einzelfall tatsächlich Befangenheit vorliegt, ist dies kein Unwerturteil oder Makel. Es führt zum Ausschluss der Richtertätigkeit im konkreten Rechtsstreit, ohne dem Betroffenen den Richterstatus allgemein abzusprechen. Anders jedoch die geplanten Verbotsgesetze. Sie ignorieren das bisher gelebte Selbstverständnis richterlicher Unabhängigkeit und schießen über das Ziel hinaus, indem sie es der erkennbaren Muslimin verwehren, sich zumindest in der obligatorischen Probezeit zu bewähren.

### In dubio pro libertate

Die Kopftuchdebatte ist wohl mehr eine Symbol- und nur scheinbar eine Neutralitätsdebatte. Dabei finden – bewusst oder unbewusst – Fehldeutungen statt. Selten verlaufen die Grenzen zwischen Politik und Recht unschärfer. Oder, wie es der Münchner Theologe *Friedrich Wilhelm Graf* in seiner vielzitierten Studie »Die Wiederkehr der Götter« beschreibt: »Auch wer Max Webers Postulat der ‚Werturteilsfreiheit‘ ernst zu nehmen versucht und sich durch Methodenreflexion um rationale Distanz bemüht, wird beim Thema Religion bald mit der eigenen Herkunftsgeschichte, mit der Kontingenz kultureller Prägungen und der unausweichlichen Einbindung in konfessionsspezifische Tradition konfrontiert. In Sachen Religion gibt es keinen neutralen Beobachter.« (S. 69).

Kann dann von einer interessenorientierten Politik, die getrieben ist von Wahlkampfzwingen oder gestaltet wird von einer schwierigen Konsenskoalition, die neutrale Lösung dieser gesamtgesellschaftlichen Frage überhaupt erwartet werden? Zwar ist die Kopftuchfrage nur unfreiwillig in die Landtage getragen worden, war es doch das Bundesverfassungsgericht, das im Jahr 2003 für ein Verbot unter Anknüpfung an einen abstrakten Gefährdungstatbestand ein entsprechendes Parlamentsgesetz forderte. Doch nach über einem Jahrzehnt ist – möglicherweise auch mit Blick auf die Ländergesetze, die nach Auffassung der Instanzengerichte alsbald schon jegliche aus dem Rahmen fallende Kleidungsstücke verbieten sollten – schließlich in Karlsruhe die Erkenntnis gereift, dass die Abwägung konfligierender Grundrechtspositionen auch nicht in Form eines parlamentarischen Verbotsgesetzes ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr vorab einseitig zulasten einer Grundrechtsposition erfolgen kann. Vielmehr kann gegenseitige Toleranz nur eingeübt werden, wenn in allen Bereichen des Staates »für christliche, muslimische und andere religiöse und weltanschauliche Inhalte und Werte« gleichermaßen Offenheit herrscht. Diese Toleranz kann schwerlich per Gesetz einge-

fordert werden, darf aber auch nicht durch ein solches unmöglich gemacht werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat, auch mit dem jüngsten Kammerbeschluss zu Kita-Erzieherinnen, die Debatte wieder in gewissem Maße entpolitisiert und zurück in die Bahnen der Grundrechtsdogmatik gelenkt. Und diese lehrt, dass die individuelle Glaubensfreiheit ein elementares und schützenswertes Verfassungsgut ohne Gesetzesvorbehalt ist, das mit entgegenstehenden verfassungsimmanenten Schutzgütern im Wege der praktischen Konkordanz in schonenden Ausgleich zu bringen ist. Der derzeit stark bemühte »Anschein der Neutralität« ist kein solches verfassungsimmanentes Gut. Es wäre leichtfertig, zugunsten des bloßen Anscheins das Gut der Religionsfreiheit politischen Kompromissen preiszugeben.

Denn von dieser Freiheit profitiert jeder Einzelne in der Gesellschaft, in Gestalt der positiven als auch der negativen Glaubensfreiheit. Es besteht kein Bedürfnis, die austarierte Religionsfreiheit exklusiv neu zu denken. Schließlich beruht der Kopftuch II-Beschluss nicht auf einer Neuinterpretation der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, sondern bewegt sich überwiegend in tradierten verfassungsrechtlichen Bahnen. Auf Grenzen stößt die Glaubensfreiheit nicht bereits, wenn ein Bediensteter für sich persönlich religiöse Gebote als im Alltag verbindlich erachtet, sondern erst dann, wenn er sie zwanghaft allgemein verbindlich machen will und andere an seinen moralischen Maßstäben misst.

Wenn nun angesichts der zunehmenden religiösen Vielfalt die restriktive Handhabung der Religionsfreiheit oder plakativ »weniger Rechte« gefordert wird, wird verkannt, dass die extensive Auslegung kein Novum, sondern eine bewusst getroffene, historische Errungenschaft ist: »Die besondere Gewährleistung der gegen Eingriffe und Angriffe des Staates geschützten Religionsausübung in Art. 4 Abs. 2 GG erklärt sich historisch [...] insbesondere aber aus der Abwehrhaltung gegenüber den Störungen der Religionsausübung unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft. [...] Da die »Religionsausübung« zentrale Bedeutung für jeden Glauben und jedes Bekenntnis hat, muß dieser Begriff gegenüber seinem historischen Inhalt extensiv ausgelegt werden.«

Kopftuchverbote verkehren diese grundgesetzliche Freiheitsvermutung in ihr Gegenteil und perpetuieren Stigmata. Wer die freiheitliche Grundordnung ernst nimmt, kann ein gewichtiges Grundrecht nicht pauschal hinter einen diffusen »Anschein« zurücktreten lassen. Der »Anschein der Neutralität« kann auch trügen. Neutralität ist, wie der böse Schein, in der Regel unsichtbar.

---

**Aqilah Sandhu**, Ass. Jur., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre (Prof. Dr. Matthias Rossi) an der Universität Augsburg, hat während ihres Referendariats im Freistaat Bayern gegen das ihr in Gestalt einer Auflage auferlegte Kopftuch-Verbot geklagt.

---