
Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 08/2016

Scharia, Beschneidung, Islam in der Schule: Antworten des deutschen Rechts auf Fragen, die das Zusammenleben mit Muslimen aufwirft

Ute Sacksofsky^{*}

Erschienen in: Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen, 2013, S. 72-84.

Zitiervorschlag: Sacksofsky Scharia, Beschneidung, Islam in der Schule: Antworten des deutschen Rechts auf Fragen, die das Zusammenleben mit Muslimen aufwirft, Arbeitspapier des Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 08/2016, Rn.

Zusammenfassung: Der Islam stellt in Deutschland derzeit die größte religiöse Minderheit dar. Für ein friedliches Zusammenleben und einen Ausgleich zwischen verschiedenen Interessen, stellt das Recht wegen der Möglichkeit der Durchsetzbarkeit einen besonders wichtigen Faktor dar. Gegenstand des Aufsatzes ist die Frage, wie die deutsche Rechtsordnung mit religiösen Konflikten umgeht, inwieweit also die Interessen von Muslimen rechtlich geschützt werden. Dazu werden zunächst die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur Religionsfreiheit dargestellt und die zentralen Kritikpunkte an der bisher ausgesprochen religionsfreundlichen Rechtsprechung analysiert. Sodann wird die Bedeutung dieser Maßstäbe für drei Einzelfragen näher betrachtet. Behandelt werden zum einen Konfliktfelder durch Religionsausübung in der Schule: das freiwillige Gebet von Schülern in Unterrichtspausen, die Befreiung vom Schwimmunterricht sowie die Kopftuchdebatte. Zum anderen werden die Fragestellungen erörtert, ob und inwieweit Scharia vor deutschen Gerichten Anwendung findet und ob und inwieweit sich innerhalb Deutschlands eine Paralleljustiz entwickelt. Abschließend befasst sich der Aufsatz mit der Beschneidung minderjähriger Jungen aus religiösen Gründen. Dieses Thema hat durch ein Urteil des LG Köln aus dem Jahre 2012 politische Aufmerksamkeit erlangt und schnelle Reaktionen des Gesetzgebers ausgelöst.

* Prof. Dr. iur. M.P.A. (Harvard), Goethe-Universität Frankfurt am Main, Juristische Fakultät, Vizepräsidentin des Staatsgerichtshofs des Landes Hessen, Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de.

Einführung

- 1 1. Die potentiellen Konfliktfelder sind nicht marginal: In Deutschland leben derzeit etwa 4 Millionen Muslime. Sie stellen damit die größte religiöse Minderheit in Deutschland dar. Hinzu kommt, dass sich die muslimische Bevölkerung regional sehr ungleich in Deutschland verteilt: Fast 99% der Muslime leben in den alten Bundesländern einschließlich Berlin.¹
- 2 2. Die Konflikte werden nicht verschwinden: Etwa 45% der Muslime mit Migrationshintergrund haben die deutsche Staatsangehörigkeit,² viele der Muslime ohne deutsche Staatsangehörigkeit einen dauerhaft gesicherten Aufenthaltsstatus. Es müssen also tragfähige Lösungen gefunden werden. Bremen hat insoweit einen wichtigen Schritt unternommen und vor kurzem – als zweites Bundesland nach Hamburg³ – einen Staatsvertrag mit drei muslimischen Organisationen geschlossen.⁴
- 3 3. Nicht alle Konfliktfelder haben notwendigerweise mit Religion zu tun. Vielfach geht es um Probleme, die in bestimmten sozialen Milieus zu verorten sind. Insbesondere bei den Themen Zwangsheirat oder Ehrenmord geht es nicht um religiöse Gebote, sondern um kulturell verwurzelte Verhaltensweisen. Darüber, dass diese staatlich bekämpft werden müssen, da sie mit massiven Menschenrechtsverletzungen einhergehen, besteht weitgehende Einigkeit.
- 4 4. Soweit es aber um religiöse Konflikte geht, sind Muslime intensiv betroffen. Befragt nach der Intensität ihrer Religiosität geben 36% der Muslime an, „sehr stark gläubig“ zu sein, weitere 50 % bezeichnen sich als „eher gläubig“.⁵

¹ 8. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, 2010, S. 434 (abrufbar unter http://www.bundesregierung.de/SiteGlobals/Forms/Webs/Breg/Suche/DE/Infomaterial/Solr_Info material_Formular.html?nn=670290&sortOrder=dateOfIssue_dt+desc&ressort=320_ba-ib&resultsPerPage=15>p=670260_list%253D2, letzter Abruf: 27.09.2013). Der Bericht bezieht sich auf die Studie „Muslimisches Leben in Deutschland“, die das Bundesamt für Migration im Auftrag der Deutschen Islamkonferenz 2009 durchführte.

² 8. Migrationsbericht (Fn. 1), S. 434.

³ Staatsvertrag Hamburg, LT-Drs. 20-5830.

⁴ Staatsvertrag Bremen, LT-Drs. 18-727.

⁵ 8. Migrationsbericht (Fn. 1), S. 435.

- 5 5. Der Umgang mit den Konflikten verlangt eine differenzierte Betrachtung: Nicht immer ist eine Problembeschreibung „Muslime gegen Mehrheitsgesellschaft“ adäquat. Häufig bestehen auch Differenzen innerhalb der Gruppe der Muslime. Eine der Lehren aus der Genderforschung ist die Einsicht der Notwendigkeit genauer Analyse der Verschiedenheit von Personen, ihren Lebenssituationen und ihren Erfahrungen, die durch ein gemeinsames Gruppenmerkmal nur unzureichend sichtbar, teils gar verdeckt werden. Die Perspektive der Intersektionalität spielt auch bei der Betrachtung der Gruppe der Muslime eine wichtige Rolle. In der großen Gruppe der „Muslime“ finden sich ganz unterschiedliche Personen: Gläubige unterschiedlicher Strömungen innerhalb des Islams, Männer und Frauen, Menschen mit unterschiedlichen politischen Überzeugungen, Personen unterschiedlicher ethnischer Herkunft und verschiedenem sozialen Status. Es kommt darauf an, die Differenzen unter Muslimen in den Blick zu nehmen, statt unter dem Schleier des Oberbegriffs Muslime so zu tun, als ob Muslime eine einheitliche Gruppe mit einheitlichen Interessen darstellten.
- 6 6. Das Ziel muss sein, Lösungen zu finden, die ein friedliches Zusammenleben ermöglichen und den Interessen der verschiedenen Beteiligten angemessen Rechnung tragen. Auf diesem Weg spielen zahlreiche Faktoren, wie etwa politische, soziale und sozialpsychologische, eine Rolle. Das Recht ist also nur ein Faktor unter vielen, möglicherweise nicht einmal der wichtigste. Aber Recht ist ein besonders sichtbarer Faktor und wegen der Möglichkeit der Durchsetzbarkeit und Sanktionsverhängung ein besonders einschneidender. Inwieweit also das Recht die Interessen der Muslime schützt, auch gegen den politischen Willen staatlicher Akteure, oder ob – umgekehrt – das Recht es verlangt, bestimmte staatliche Maßnahmen auch gegen die Interessen von Muslimen zu ergreifen, soll Gegenstand dieses Vortrags sein.
- 7 Der Vortrag geht in zwei Schritten vor: Zunächst sollen die rechtlichen Maßstäbe dargestellt werden, sodann werden die einzelnen Konfliktfelder näher betrachtet: Schule, Scharia und Beschneidung.

Rechtliche Maßstäbe

- 8 Rechtsnormen können Verhaltensanforderungen stellen, die religiösen Geboten widersprechen. Unter Bedingungen religiöser Vielfalt steigt das Bedürfnis nach Ausnahmeregelungen. Jene religiösen Konfliktfelder, die in Deutschland in Literatur und Rechtsprechung ganz im Vordergrund stehen, rühren zumeist aus der Begegnung mit dem Islam. Doch sind die Problemfälle darauf nicht beschränkt: So sind es überwiegend Christen, die Home-Schooling⁶ beanspruchen, und auch manche christlichen Eltern wollen ihre Kinder nicht an Klassenfahrten teilnehmen lassen⁷; Zeugen Jehovas verweigern Wehr- und Zivildienst⁸ und lehnen Bluttransfusionen auch bei unmittelbarer Lebensgefahr ab⁹. Aus den USA sind Konflikte etwa im Hinblick auf das Peyote-Rauchen indianischer Religionen¹⁰ oder Tieropfer der Santeria-Sekte¹¹ bekannt.
- 9 Rechtliche Maßstäbe sind auf verschiedenen Ebenen des Rechtssystems angesiedelt: Im Mehrebenensystem ergeben sich die Anforderungen für viele Bereiche nicht länger nur aus dem nationalen, deutschen Recht. Auch das europäische Recht schützt die Religionsfreiheit;¹² hinzu kommt das europäische Antidiskriminierungsrecht, das eine Diskriminierung wegen der Religion verbietet. Im Rahmen dieses Vortrags beschränke ich mich aber auf nationale verfassungsrechtliche Anmerkungen und möchte vorab den zentralen Maßstab etwas näher beleuchten: die Religionsfreiheit.
- 10 Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war ausgesprochen religionsfreundlich. Angesichts der zunehmenden Vielfalt im religiösen Bereich erfährt diese Rechtsprechung immer mehr Kritik. Insoweit geht es vor allem um fünf Punkte: eine Einschränkung des Schutzbereichs (1.), die Frage, welche Rolle das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften spielt (2.), die Schranken der Religionsfreiheit (3.), die Gleichbehandlung von Religionen (4.) und die Behandlung von religiösem Fundamentalismus (5.).¹³

⁶ Siehe z.B. VGH München, NVwZ 1992, 343; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2003, 561.

⁷ Ablehnend: VG Minden, KirchE 43, 298.

⁸ Siehe etwa: BVerfGE 19, 135; 23, 127; 78, 391; BVerwG, NVwZ 1995, 496.

⁹ BayObLG, NJW 1976, 2017; OLG Stuttgart, FamRZ 1995, 1290; OLG München, NJW-RR 2002, 811.

¹⁰ Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

¹¹ Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, 508 U.S. 520 (1993).

¹² Art. 9 EMRK, Art. 10 GRC.

¹³ Ausführlich zum gesamten Teil (II.) mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur, auf deren Wiedergabe hier verzichtet wird: *Sacksofsky, Religiöse Freiheit als Gefahr?*, VVDStRL 68 (2009), 7 (13 ff.).

Einschränkung des Schutzbereichs

- 11 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als einheitliches Grundrecht verstanden und extensiv ausgelegt.¹⁴ Danach gehört zur Glaubensfreiheit nicht nur die Freiheit, einen Glauben zu haben, sondern auch die Freiheit, „sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln“.¹⁵ Immer häufiger wird Kritik an diesem weiten Schutzbereichsverständnis des Bundesverfassungsgerichts geübt.¹⁶ Doch eine Einschränkung des Schutzbereichs der Religionsfreiheit ist abzulehnen, weil sie dem Schutzversprechen der Religionsfreiheit nicht gerecht wird. Die Religionsfreiheit gehört unverzichtbar zum Kanon der Menschenrechtskataloge, da Religion ein zentrales Element der moralischen Identität des Menschen ist. Religion beschränkt sich nicht auf Kultushandlungen, sondern verlangt von den Gläubigen, ihr Leben an den Regeln der Religion auszurichten. Die Religionsfreiheit soll die Einzelnen in möglichst großem Umfang davor schützen, von der staatlichen Rechtsordnung dazu gezwungen zu werden, gegen die eigenen religiösen Überzeugungen verstoßen zu müssen. Ein enges Verständnis des Schutzbereichs würde diesem grundlegenden Gehalt der Religionsfreiheit nicht gerecht.

Rolle des Selbstverständnisses der Religionen

- 12 Ein weiterer Kritikpunkt im Rahmen der Schutzbereichsbestimmung setzt an einem weiten Religionsverständnis an, das dem Selbstverständnis der Grundrechtsträger maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung des geschützten religiösen Verhaltens beimisst.¹⁷ Doch führt daran kein Weg vorbei. Die Glaubensfreiheit gibt die Entscheidung über den Glauben in die Hände der Einzelnen; eine andere Möglichkeit gibt es nicht, ohne den eigentlichen Gehalt der Glaubensfreiheit aufzulösen. Dabei ist vor allem zu beachten, dass gerade die gro-

¹⁴ St. Rspr. seit BVerfGE 24, 236 (245 f.); aus jüngerer Zeit: BVerfGE 108, 282 (297).

¹⁵ BVerfGE 32, 98 (106); 108, 282 (297).

¹⁶ Siehe z.B. *Schoch*, Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft, in: FS Hollerbach, 2001, 149 (159); *Hellermann*, Multikulturalität und Grundrechte – am Beispiel der Religionsfreiheit, in: Grabenwarter u.a. (Hg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 129 (137 f.); *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, 125 ff.; weitere Nachweise bei *Sacksofsky* (Fn. 13), 7 (16 (Fn. 46)).

¹⁷ Siehe z.B. *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 61 ff.; weitere Nachweise bei *Sacksofsky* (Fn. 13), 7 (17 (Fn. 55)).

ßen Religionen, die wir vereinfachend als „das Christentum“ oder „den Islam“ bezeichnen, verschiedene Strömungen in sich tragen. Jede dieser Strömungen genießt den vollen Schutz der Glaubensfreiheit. Deutsche Gerichte sind nicht – auch nicht im Wege von Sachverständigenanhörungen – dazu berufen, über Glaubensregeln verbindlich zu entscheiden. Als übergreifend erscheinen daher die in der Kopftuchdebatte immer wieder zu findenden Bemühungen von Nicht-Muslimen, Kopftuchträgerinnen zu erklären, der Koran gebiete keine Verschleierung. Andererseits besteht, gerade wenn religiöses Verhalten gegenüber anders motiviertem Verhalten privilegiert ist, die Gefahr des Missbrauchs. Als Korrektiv können die Gerichte nur verlangen, die behauptete Religion und ihren Inhalt plausibel zu machen.

Schrankenregelung

- 13 Die Entscheidung, welches Ausmaß an Freiheit Bürgerinnen und Bürgern tatsächlich zukommt, fällt auf Ebene der Schranken. Art. 4 GG enthält selbst keinen Gesetzesvorbehalt und kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur über kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt werden.¹⁸ In der Literatur wird demgegenüber verstärkt dafür plädiert, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt heranzuziehen.¹⁹ Gegen eine solche Heranziehung des Art. 136 Abs. 1 WRV spricht freilich sowohl der Wortlaut der Vorschrift, die als Diskriminierungsverbot formuliert ist, als auch der Umstand, dass der systematisch eher als Gesetzesvorbehalt zu interpretierende Art. 135 S. 3 WRV, der die „allgemeinen Staatsgesetze“ für von der Glaubensfreiheit unberührt erklärt, gerade nicht ins Grundgesetz inkorporiert wurde.
- 14 Dennoch wäre der Sache nach ein Gesetzesvorbehalt angebracht. Gerade wenn der Schutzbereich weit gefasst wird, sind Konflikte mit Gemeinschaftsgütern und Rechten anderer nicht nur im Ausnahmefall vorstellbar; dies würde durch einen Gesetzesvorbehalt klar zum Ausdruck gebracht. Ob ein solcher Vorbehalt allerdings in der Praxis zu sehr anderen Ergebnissen als jetzt führen

¹⁸ St. Rspr.: BVerfGE 33, 23 (30 f.); 32, 98 (107 f.); 41, 29 (50 f.); 44, 59 (67); 52, 223 (246 f.); 93, 1 (21).

¹⁹ So z.B. *Starck*, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck (Hg.) GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 4 Rn. 88; *Heckel*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, 379 (408 (Fn. 102)); weitere Nachweise bei *Sacksofsky* (Fn. 13), 7 (18 (Fn. 61)).

würde, ist zu bezweifeln, denn auch ein Gesetzesvorbehalt würde immer noch eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangen. Die dogmatisch kategoriale Unterscheidung zwischen Grundrechten mit und ohne Gesetzesvorbehalt hat sich in der Praxis nahezu verflüchtigt. Eine Vielzahl von Gütern und Interessen sind als kollidierendes Verfassungsrecht anerkannt worden, es bedarf bei beiden Typen von Grundrechten einer Regelung durch den Gesetzgeber und eines gewissen Ausgleichs der widersprechenden Positionen.

Gleichheitsrechtlicher Gehalt der Religionsfreiheit

- 15 Fraglich ist, ob im Umgang mit religiöser Vielfalt der Religion der Mehrheit eine besondere Stellung zukommen darf. In den Anfängen der Rechtsprechung war das Bundesverfassungsgericht von einer vollständigen Umsetzung staatlicher Neutralität gegenüber allen Religionen noch entfernt. Es gab Betroffenen nur im Einzelfall das Recht, ohne Kreuz im Gerichtssaal verhandeln zu dürfen²⁰, billigte die christliche Gemeinschaftsschule²¹ und erlaubte ein von der staatlichen Schulverwaltung angeregtes Schulgebet²². Inzwischen ist auch das Bundesverfassungsgericht bei der „strikten Gleichbehandlung“²³ der verschiedenen Glaubensrichtungen angelangt. Dies ist auch zwingend. Behandelt der Staat eine bestimmte Religion als höherwertig gegenüber anderen, degradiert er die Angehörigen anderer Religionen zu Bürgerinnen und Bürgern zweiter Klasse. Indem ihnen Anerkennung versagt wird, wird ihnen die volle Mitgliedschaft im Gemeinwesen vorenthalten. Wie die moderne Diskussion um ein gehaltvolles Konzept von „citizenship“ aber zeigt, ist die Teilhabe aller als Freie und Gleiche Grundlage des freiheitlichen Staates.
- 16 Regelungen in den Landesverfassungen, die christliche Bezüge aufnehmen, wie etwa Art. 32 BremV, sind durch Bundesrecht überlagert.²⁴ In den Kopftuchgesetzen versuchen einige Länder dennoch, das Christentum wenigstens auf der symbolischen Ebene zu privilegieren,²⁵ wenn angeordnet wird, dass - so die

²⁰ BVerfGE 35, 366 (373 ff.).

²¹ BVerfGE 41, 29 (44 ff.).

²² BVerfGE 52, 223 (236).

²³ BVerfGE 108, 282 (298).

²⁴ Nach Art. 31 GG bricht Bundesrecht entgegenstehendes Landesrecht. Soweit daher die Glaubensfreiheit nach Art. 4 GG die Privilegierung des Christentums verbietet, ist entgegenstehendes Landesverfassungsrecht nicht anwendbar.

²⁵ Dies geschieht in Baden-Württemberg (§ 38 Abs. 2 S. 3 SchulgesetzBW), Bayern (Art. 59 Abs. 2 S. 3 des Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen), Hessen (§ 86 Abs. 3 S.

Formulierung in Baden-Württemberg - die Darstellung „christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen“ nicht dem Gebot religiöser Neutralität widerspreche. Das Bundesverwaltungsgericht und einige Landesverfassungsgerichte haben diese oder vergleichbare Regelungen für verfassungsgemäß erachtet: Der im Gesetz verwendete Begriff des „Christlichen“ bezeichne „eine von Glaubensinhalten losgelöste, aus der Tradition der christlich-abendländischen Kultur hervorgegangene Wertewelt“.²⁶ Diese Ausführungen gehen fehl, denn sie passen nicht auf den zu entscheidenden Fall. Die Gesetze verbieten bestimmte Bekundungen, Kleidungsstücke oder Symbole. Es ging also nur um Kreuz, Mönchskutte und Nonnenhabit. Dies aber sind Symbole, die gerade nicht „von Glaubensinhalten losgelöste“ Kultur darstellen. Auch aus der Perspektive der christlichen Kirchen kann schließlich die Profanisierung des Kreuzes nicht der richtige Weg sein.

Religiöser Fundamentalismus

- 17 Religiöser Fundamentalismus wird häufig mit dem Islam in Verbindung gebracht. Dies ist eine verkürzte Betrachtung. Fundamentalismus gibt es nicht nur in der islamistischen Variante, sondern alle Weltreligionen haben fundamentalistische Zweige. Der Begriff „Fundamentalismus“ entstammt christlichen Kontexten und tritt zuerst im Kampf gegen die Darwinsche Evolutionstheorie zu Beginn des 20. Jahrhunderts in den USA in Erscheinung: Die protestantische Protestbewegung beharrte auf einem wörtlichen Verständnis der christlichen Schöpfungslehre und gab die Schriftenreihe „The Fundamentals“ heraus.
- 18 Religiöser Fundamentalismus stellt eine Herausforderung für den freiheitlichen Staat dar. Gleichheit verlangt, „gute“ und „schlechte“ Religionen gleich zu behandeln. Dem religiös-weltanschaulich neutralen Staat ist es untersagt, Religionen nach ihrem Inhalt zu bewerten. Dies gilt grundsätzlich auch für fundamentalistische Strömungen. Der freiheitliche Staat verlangt von Religionsgemeinschaften nur, dass sie sich an die Rechtsordnung halten. Sie müssen nicht inhaltlich von deren Richtigkeit überzeugt sein. Im freiheitlichen Staat dürfen Religionsgemeinschaften Verfassungsgrundsätze auch offen ablehnen und in ihrem

3 HessSchulgesetz; § 68 Abs. 2 S. 3 HessBeamtengesetz), Nordrhein-Westfalen (§ 57 Abs. 4 S. 3 SchulgesetzNRW) und im Saarland (§ 1 Abs. 2a Schulordnungsgesetz).

²⁶ BVerwGE 121, 140 (151); BayVerfGH, NVwZ 2008, 420 (421); HessStGH, NVwZ 2008, 199 (203).

Bereich nicht praktizieren. Deshalb darf die katholische Kirche weiterhin Frauen die Priesterweihe verweigern. Religionsgemeinschaften müssen nicht einmal, wie politische Parteien, demokratisch aufgebaut sein.

- 19 Bekämpfen darf der Staat Religionsgemeinschaften erst dann, wenn sie die Grenze zur Gewalt bzw. Propagierung von Gewalt überschritten haben. Religiöse Gruppen sind insoweit nicht anders zu behandeln als politische Gruppen. Vereine, die Terror und Gewalt einsetzen, darf der Staat verbieten und Terroristen strafrechtlich verfolgen, unabhängig davon, ob sich Gruppen durch politische oder religiöse Anschauungen definieren. Wann die Grenze zur aktiven Bekämpfung der Verfassungsordnung genau überschritten und welche Art von Sicherheitsgesetzen sinn- und wirkungsvoll ist, wirft also keine religionsspezifischen Fragen auf.

Einzelfragen

- 20 Was bedeuten diese rechtlichen Maßstäbe für die drei Einzelfragen, die hier behandelt werden sollen?

Konfliktfeld Schule

- 21 In der Schule treffen Menschen verschiedener Herkunft und Glaubens aufeinander und verbringen einen erheblichen Teil ihrer Zeit miteinander. Es ist daher nicht erstaunlich, dass gerade in der Schule zahlreiche Konfliktkonstellationen auftreten; drei davon sollen näher betrachtet werden: das freiwillige Schulgebet von Schülern in Unterrichtspausen, die Befreiung von eigentlich zwingenden schulischen Aktivitäten (z.B. Schwimmunterricht oder Klassenfahrten) und schließlich die Frage nach der Religionsfreiheit von Lehrerinnen, wie sie in der Kopftuchdebatte zum Tragen kommt.

Gebet in der Schule

- 22 Über das Gebet von Schülern während des Besuchs der Schule außerhalb der Unterrichtszeit, hat vor Kurzem das BVerwG entschieden.²⁷ Das BVerwG hat –

²⁷ BVerwGE 141, 223.

unter Berufung auf religionsfreundliche Rechtsprechung des BVerfG²⁸ – zu Recht angenommen, dass Art. 4 GG es gebietet, „den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern“. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Schule, welche Schülerinnen und Schüler für einen großen Teil des Tages fest einbindet.²⁹ Doch das BVerwG hat dieses Recht unter Berufung auf den Schulfrieden im konkreten Fall eingeschränkt, weil es zu teils heftigen Konflikten gekommen war. Diese Argumentation ist sehr problematisch. Aus dem Polizeirecht, insbesondere im Umgang mit Gegendemonstranten, ist der Grundsatz bekannt, dass gegen die Störer (Gegendemonstranten) vorzugehen ist und nicht gegen diejenigen, die ihre Grundrechte ausüben (Demonstranten). So liegt es auch hier. Jemand, der ein Gebet verrichtet, wird dadurch nicht zum Störer, sondern diejenigen, die am Gebet Anstoß nehmen, sind es, die den Schulfrieden gefährden und gegen die vorgegangen werden muss. Soweit diejenigen, die ihr Gebet verrichten wollen, zu anderen Gelegenheiten zum Konflikt beitragen, ist an dieser Stelle gegen sie vorzugehen. Das Verbot des Schulgebetes ist demgegenüber eine unverhältnismäßige Maßnahme.

Befreiung vom Schwimmunterricht

- 23 Eltern verlangen immer wieder die Befreiung muslimischer Schülerinnen von schulischen Veranstaltungen, insbesondere dem Schwimmunterricht oder von Klassenfahrten.³⁰ Die Rechtsprechung hierzu ist sehr uneinheitlich. Früher gewährten die Verwaltungsgerichte vor allem beim Sportunterricht solche Ausnahmen recht großzügig,³¹ während in der neueren Zeit eine zurückhaltendere Tendenz zu erkennen ist.³² Vor Kurzem hat das BVerwG seine Rechtsprechung

²⁸ BVerfGE 41, 29 (49).

²⁹ BVerwGE 141, 223 (229).

³⁰ Bei Klassenfahrten einen Anspruch verneinend: VG Aachen, NJW 2002, 3191. Das OVG Münster gewährte demgegenüber einen Anspruch auf Befreiung unter Hinweis darauf, dass die Furcht einer muslimischen Schülerin, sich auf Klassenfahrten nicht so verhalten zu können, wie es ihr Glaube von ihr verlangt, Krankheitswert besitzen könne: OVG Münster, NJW 2003, 1754.

³¹ Einen Anspruch auf Befreiung vom Schwimmunterricht bejahend: BVerwGE 94, 82. Einen Anspruch auf Befreiung vom Turnunterricht bejahend: OVG Lüneburg, NVwZ 1992, 79; OVG Bremen, Urt. v. 24.03.1992 – 1 BA 17/91, juris; verneinend: VG Köln, Urt. v. 12.08.1992 – 10 K 429/91, juris.

³² Einen Anspruch auf Befreiung vom Schwimmunterricht verneinend: OVG Bremen, NVwZ-RR 2012, 842; VG Düsseldorf, Beschl. v. 09.12.2009 – 18 K 3202/09, juris; VG Köln, Beschl. v.

geändert und die Verpflichtung zur Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht unter Hinweis auf die Möglichkeit, einen „Burkini“ zu tragen, gebilligt.³³ Die neuere Tendenz, Ausnahmen zu verweigern, ist zu begrüßen, auch wenn dies auf den ersten Blick dem hier vertretenen weiten Verständnis der Religionsfreiheit zu widersprechen scheint. Im Bereich Schule steht der Religionsfreiheit der Eltern der Erziehungsauftrag des Staates gegenüber, der auch und gerade der Gleichberechtigung der Geschlechter verpflichtet ist. Die Gleichberechtigung von Mädchen verlangt, dass auch sie in vollem Umfang an dem Teil haben dürfen und müssen, was unsere Gesellschaft für notwendige Erziehung hält. Wenn koedukativer Sportunterricht durch die Normgebung als Teil des notwendigen Erziehungsauftrags festgelegt ist, muss dies für alle Jugendlichen gelten. Zu Recht wurde in den siebziger Jahren die Teilnahme am Sexualkundeunterricht auch gegen den entschiedenen Widerstand christlicher Eltern durchgesetzt.³⁴ Es gibt keinen Grund, dies gegenüber muslimischen Eltern für den Sportunterricht anders zu handhaben.

Kopftuch der Lehrerinnen

- 24 Das größte Aufsehen erregte in Deutschland die Debatte um die Kopftücher von Lehrerinnen.³⁵ Viele Länder, darunter auch Bremen,³⁶ haben Kopftuchverbote erlassen. Ich halte das für grundsätzlich falsch. Der Gleichberechtigungssatz wird insoweit geradezu paradox eingesetzt. Im Namen der Gleichberechtigung von Frauen werden Frauen daran gehindert, qualifizierte Berufe auszuüben. Das Kopftuchverbot in Schulen oder gar im gesamten Beamtenstand wie in Hessen ist ein Beispiel für problematische Zuschreibungen an Angehörige von Minderheitenreligionen (und -kulturen). Nähme man ernst, dass manche Muslimas eine religiöse Verpflichtung für sich sehen, ein Kopftuch zu tragen, wäre es nicht möglich, im Kopftuch irgendein Gefährdungspotential zu sehen.

20.11.2012 – 10 L 1400/12, juris; VG Hamburg, NVwZ-RR 2006, 121; VG Düsseldorf, NWVBl. 2006, 68.

³³ Die Entscheidung ist bis Drucklegung nur über eine Pressemitteilung (abrufbar unter <http://www.bverwg.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.php?jahr=2013&nr=63>, letzter Abruf: 27.09.2013) bekannt geworden.

³⁴ OVG Berlin, JR 1973, 551; BVerfGE 47, 46; BVerwGE 57, 360. Aus neuerer Zeit VG Minden, Urt. v. 13.09.2013 – 8 K 1623/12, juris.

³⁵ Ausführlich dazu: Sacksofsky, Kopftuchverbote in den Ländern – am Beispiel des Landes Hessen, in: Berghahn/Rostock (Hg.), Der Stoff aus dem die Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2009, S. 275 ff.

³⁶ § 59b BremSchulG.

Denn auf das bloße Befolgen eigener religiöser Verpflichtungen kann keine Besorgnis der Verletzung von Neutralität gründen; dass ein orthodoxer Jude mit Kippa in Deutschland nicht als Lehrer eingestellt würde, scheint kaum vorstellbar. Nur durch Zuschreibung eines sozusagen überschießenden fundamentalistischen Moments bei allen kopftuchtragenden muslimischen Frauen lässt sich überhaupt eine Gefahr durch Kopftuch tragende Lehrerinnen konstruieren.

Scharia

- 25 Hinter dem Stichwort Scharia verbergen sich zwei sehr unterschiedliche Fragestellungen. Zum einen geht es um die Frage danach, ob und inwieweit ausländisches Recht, das in der Scharia besteht, vor deutschen Gerichten Anwendung findet. Zum anderen geht es um die Frage, ob und inwieweit sich innerhalb Deutschlands eine Paralleljustiz, die Scharia anwendet, entwickelt.³⁷
- 26 Hinsichtlich der ersten Frage hat vor allem ein Beschluss des AG Frankfurt Aufmerksamkeit erregt, welches in einem Scheidungsstreit eine Verkürzung der Trennungszeit ablehnte, weil ein Züchtigungsrecht im Kulturkreis der Eheleute nicht unüblich sei.³⁸ Doch dies war eine einzelne Fehlentscheidung, kein Ausdruck prinzipiellen Versagens des deutschen Rechtssystems. Nach dem deutschen Internationalen Privatrecht ist eindeutig, dass ausländisches Recht von deutschen Gerichten nur angewendet wird, soweit es nicht gegen den deutschen „ordre public“ verstößt. Der ordre public umfasst auch und gerade die von den Grundrechten geschützten Rechtsgüter, so dass Körperstrafen und frauendiskriminierende Bestandteile der Scharia in Deutschland keine Anwendung finden können, während die mit unserem ordre public vereinbaren Bestandteile der Scharia genauso wie jedes andere ausländische Recht Anwendung finden können.³⁹
- 27 Bei der Frage nach „islamischer Schiedsgerichtsbarkeit“ ist vor Übertreibungen zu warnen; manche Medien überziehen die Gefahr einer solchen „Paralleljustiz“, indem Einzelfälle skandalisiert werden. Wiederum ist der Grundsatz klar: Im

³⁷ Zur Entwicklung einer islamischen Paralleljustiz in Deutschland umfassend *Wagner*, Richter ohne Gesetz, 2. Aufl. 2012. Zur religiösen Schiedspraxis im angelsächsischen Raum und zur Frage der Übertragbarkeit dieser auf die deutsche Rechtsordnung vgl. *Hötte*, Religiöse Schiedsbarkeit, 2013.

³⁸ Zitiert nach: *Rohe*, JZ 2007, 801 (Fn. 1).

³⁹ Ausführlich dazu: *Rohe*, Das islamische Recht, 3. Aufl. 2011, S. 351 ff.; siehe auch *Bock*, NJW 2012, 122 ff. Speziell zum Familien- und Erbrecht *Pattar*, Islamisch inspiriertes Erbrecht und deutscher Ordre public, 2007.

demokratischen Rechtsstaat wird Rechtsschutz von staatlichen Gerichten gewährt.⁴⁰ Die demokratische Gleichheit lässt insoweit keine Ausnahmen zu. Doch können bei der Durchsetzung dieses Grundsatzes Probleme auftreten; hierbei ist zwischen Strafverfahren und Zivilverfahren zu unterscheiden. So sind in Strafprozessen Fälle berichtet worden, in denen Zeugen keine Aussagen machen oder sich auf Erinnerungslücken berufen, während zwischen Täter und Opfer(-familien) durch islamische Geistliche vermittelt wird.⁴¹ Ein solches Problem der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs tritt aber auch in manchen nicht religiösen Milieus auf; das Stichwort Mafia möge genügen. Selbstverständlich muss der Staat seinen Strafanspruch durchsetzen; er scheitert nur eben manchmal am Tatsächlichen.

- 28 Im zivilrechtlichen Bereich geht es vor allem um die Schlichtung familienrechtlicher Streitigkeiten, die ohne Anrufung deutscher Gerichte durchgeführt werden. Zunächst soll daran erinnert werden, dass die Idee, dass sich die Parteien gütlich einigen, auch dem Zivilprozess und – erst recht – dem verstärkten Bemühen um eine außergerichtliche Streitbeilegung, beispielsweise in Mediationsverfahren, bekannt ist; in § 36a und § 156 FamFG hat dieser Gedanke seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Wenn wirklich beide Parteien freiwillig und mit gleicher Verhandlungsstärke ausgestattet sind, ist außergerichtliche Streitbeilegung grundsätzlich unproblematisch und hat häufig eine befriedende Funktion. Der Zivilprozess beruht auf dem Gedanken der Privatautonomie; es ist – abgesehen von zwingendem Recht – den Privaten überlassen, wie sie ihre Rechte wahrnehmen. Schwierig wird es nur dann, wenn – etwa durch frauendiskriminierende Regelungen der Scharia oder diskriminierende Strukturen innerhalb des „Schiedsverfahrens“ – Frauen, nichteheliche Kinder oder Apostaten systematisch benachteiligt werden. Der Staat ist dann zum Handeln verpflichtet, wenn die Entscheidung zur außergerichtlichen Streitbeilegung nicht auf der freiwilligen Entscheidungen Erwachsener beruht; denn dann greift die grundrechtlich verankerte Schutzpflicht. Diese Schutzpflicht verlangt eine ernsthafte

⁴⁰ Die Justizminister von Bund und Ländern waren sich im Rahmen der Frühjahrskonferenz 2012 einig, dass eine außerhalb der deutschen Rechtsordnung stattfindende Paralleljustiz, die dem Wertesystem des Grundgesetzes widerspricht, nicht geduldet wird. (als „TO I.2 Paralleljustiz“ abrufbar unter: http://verwaltung.hessen.de/irj/HMdJ_Internet?cid=2aa8bf4c6ebad8c5ed7cf4ab22f53429 (letzter Abruf: 26.09.13).

⁴¹ Wagner (Fn. 37), S. 37 ff.

und genaue Prüfung, ob wirklich „Freiwilligkeit“ der handelnden Privaten angenommen werden kann; auch tatsächliche Zwangslagen oder gravierende Unkenntnis können Zweifel an der Freiwilligkeit von Entscheidungen begründen. Die grundrechtlich verankerte Schutzpflicht ist dabei – ihrem Anspruch nach – durchaus kein stumpfes Schwert, es gilt das Untermaßverbot. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, dass der staatlichen Schutzpflicht nicht dadurch genügt wird, dass überhaupt Schutzvorkehrungen irgendeiner Art getroffen worden sind. Notwendig sei ein „angemessener Schutz“; entscheidend sei, dass er „als solcher wirksam“ sei. „Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen“.⁴²

Beschneidung

- 29 Das Thema der Beschneidung minderjähriger Jungen hat in Deutschland seit einem Urteil des LG Köln im Mai 2012⁴³ politische Aufmerksamkeit gewonnen.⁴⁴ Das LG Köln hatte entschieden, dass die Zirkumzision, die fachgerecht und mit Einwilligung der Eltern vorgenommen wurde, eine rechtswidrige Körperverletzung darstelle.⁴⁵ Die Einwilligung der Eltern sei unbeachtlich, weil die Beschneidung nicht dem Kindeswohl diene. Der Arzt wurde nur deshalb freigesprochen, weil er sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden habe.
- 30 Darauf hat der Gesetzgeber schnell reagiert und einen neuen § 1631 d BGB eingefügt.⁴⁶ Dieser lautet:

1. Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen

⁴² BVerfGE 88, 203 (254).

⁴³ LG Köln NJW 2012, 2128.

⁴⁴ Zum Gesetzentwurf: *Walter*, JZ 2012, 1110 ff.; *Yalcin*, *Betrifft Justiz* 2012, 380 ff.

⁴⁵ Befürwortend *Herzberg*, JZ 2009, 332 ff.; *ders.*, ZIS 2010, 471 ff.; *ders.*, MedR 2012, 169 (170); *Putzke*, MedR 2012, 680; *ders.*, NJW 2008, 1568 (1570); *Spickhoff*, FamRZ 2012, 1423 (1423); Gegen eine Strafbarkeit sprechen sich aus: *Rohe*, JZ 2007, 801 (802 und 805); *Valerius*, JA 2010, 481; *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (121 ff.); umfassend den Meinungsstand in der Literatur betrachten *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 338 (341 ff.).

⁴⁶ Gesetz vom 20.12.2012, BGBl. I 2749. Zu § 1631d BGB vgl. *Spickhoff*, FamRZ 2013, 337 ff.; *Ring*, NJ 2013, 148 (150 ff.).

Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

2. In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.

- 31 Die Gründe, weshalb Beschneidungen bei Minderjährigen vorgenommen werden, sind vielfältig. Bei vielen Strömungen des Judentums und des Islam gehört die Beschneidung des Jungen zur Glaubensüberzeugung, teils wird Beschneidung aber auch als kultureller Ritus begangen, teils werden soziale Gründe (der Junge soll nicht „anders“ sein als seine Umgebung), teils medizinische Gründe vorgebracht. Dabei sind die medizinischen Gründe freilich selbst wieder umstritten: In den USA ist die Beschneidung von der American Academy of Pediatrics noch 2012 befürwortet worden, in Deutschland und Großbritannien wird sie hingegen nicht empfohlen.⁴⁷
- 32 Auch wenn sich der deutsche Gesetzgeber für eine Lösung entschieden hat, die eine Beschneidung zulässt, ohne nach den Gründen, aus denen sie vorgenommen wird, zu differenzieren, soll sich die verfassungsrechtliche Beurteilung – angesichts des Rahmenthemas – auf eine Erörterung der Beschneidung aus religiösen Gründen beschränken.
- 33 Beschneidung ist ein äußerst schwieriges Thema, denn es geht um die Zuordnung von Eltern- und Kinderrechten. Die Argumentation des Urteils des LG Köln scheint auf den ersten Blick plausibel, denn sie entspricht dem Grundgedanken von Freiheitsrechten: Auch Kindern kommt das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit zu, so dass sie selbst – wenn sie erwachsen sind – entscheiden können sollen, welche körperlichen Eingriffe sie zulassen. Im Kindesalter, wenn andere, insbesondere die Eltern, für das Kind entscheiden müssen, dürfen daher nur solche körperlichen Eingriffe vorgenommen werden, die medi-

⁴⁷ BT-Drs. 17/11295, S. 8.

zinisch notwendig sind. Eine solche Argumentationslogik beruht aber auf zwei zweifelhaften Prämissen.

- 34 Zum einen wird das Verhältnis von Eltern und Kinderrechten falsch gedeutet: Eltern und Kinderrechte sind nicht ein Gegensatz. Normalerweise liegt Eltern das Beste für ihr Kind am Herzen. Deshalb formuliert Art. 6 Abs. 2 GG: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“ Der Staat übt lediglich ein Wächteramt aus. Die primäre Verantwortung für die Beurteilung des Kindeswohls ist also Eltern zugewiesen, nicht dem Staat.
- 35 Zum zweiten wird die Bedeutung von Religion und Religionsfreiheit missverstanden. Religiöse Zeichen der Zugehörigkeit können für religiöse Menschen zentral sein. Für Gläubige erscheint eine Verschiebung auf das Erwachsenenalter eben nicht als adäquate Alternative: Das Leben des Kindes stünde dann nicht von Anbeginn an „im Zeichen des Bundes“. Religionsfreiheit schützt aber gerade solche religiösen Vorstellungen. Was Inhalt des Glaubens eines Menschen ist, entzieht sich der staatlichen Bewertung. Religionsfreiheit erkennt den Menschen gerade in seinem eigenen Glauben an. Insoweit ist auch die geschichtliche Dimension von Bedeutung. Religionen haben eine Entwicklung und eine Geschichte. In der Ausprägung, die sie in dieser Entwicklung gefunden haben, sind sie verfassungsrechtlich hinzunehmen. Und dazu gehört die – seit Jahrtausenden – praktizierte Handhabung religiöser Riten.
- 36 Man mag diese Riten ablehnen. Auch ich würde mir wünschen, dass körperliche Zeichen für religiöse Zugehörigkeit nicht mehr nötig sind, sondern in symbolische Zeichen transformiert werden. Aber im freiheitlichen Staat muss dieser Wunsch von „innen“ kommen, es muss ein Prozess sein, der in den Religionsgemeinschaften selbst stattfindet. Der freiheitliche Staat kann nur den Rahmen für einen solchen Prozess bereithalten, die Veränderungen selbst können nur durch Diskussionen innerhalb der Religionsgemeinschaften in Gang kommen.