

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht
Ruhr-Universität Bochum
44801 Bochum
Tel.: 0234-32 25275
joerg.ennuschat@rub.de

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/2753

A15, A05, A19

Stellungnahme zum Entwurf eines 12. Schulrechtsänderungsgesetzes, LT-Drs. 16/8441

0. Zusammenfassung

- Die Streichung von § 57 Abs. 4 S. 3 SchulG ist angezeigt, um der Feststellung der Nichtigkeit dieser Norm durch das BVerfG (27.1.2015 – 1 BvR 471/10) Rechnung zu tragen.

Das BVerfG verwehrt es dem Landesgesetzgeber, *abstrakte* Gefahren für den Schulfrieden, die Religionsfreiheit der Schüler und Eltern sowie für die Gleichstellung der Geschlechter, die durch das Kopftuch einer muslimischen Lehrerin ausgelöst werden könnten, durch ein allgemeines Kopftuch-Verbot zu bekämpfen. Diese Entscheidung steht im Widerspruch zur Kopftuch-Entscheidung des BVerfG von 2003 und missachtet die Gestaltungs- und Einschätzungsspielräume des Landesgesetzgebers.

Kopftuch-Verbote, so das BVerfG, seien erst bei *konkreten* Gefahren zulässig. Hierfür hält der Gesetzentwurf keine Regelung bereit. Das ist vertretbar, weil ggf. auf die allgemeinen Instrumente des Beamtenrechts zurückgegriffen werden kann.

Die Fortgeltung der übrigen Sätze des § 57 Abs. 4 SchulG ist von Verfassung wegen nicht zu beanstanden. Ihre Anwendung muss die Vorgaben der Entscheidung des BVerfG beachten. Der Schulgesetzgeber kann die weitere Entwicklung abwarten, um sodann zu klären, ob es Novellierungsbedarf gibt.

- Die Neufassung des § 61 SchulG verringert die Mitwirkungsmöglichkeiten der Schulkonferenz (d.h. der Lehrer, Eltern und Schüler) und schafft das Sperrvotum des kommunalen Schulträgers ab. Dadurch sichert sie das Verfassungsgebot der Bestenauslese und bewegt sich im Übrigen innerhalb der Gestaltungsspielräume, die Grundgesetz und Landesverfassung dem Gesetzgeber belassen.
- Die Neufassung von § 78 Abs. 4 S. 5 SchulG stellt klar, was die Kommentarliteratur bereits der heutigen Gesetzesfassung zuschreibt. Sie bewegt sich im Rahmen der Verfassungsvorgaben zur öffentlichen Schulträgerschaft und zur Privatschulfreiheit. Verfassungsrechtlich wäre eine engere Kooperation von öffentlichen und freien Schulträgern ebenfalls möglich.
- Der neue § 132c SchulG genügt den organisatorischen Vorgaben des Schulverfassungsrechts, wahrt zugleich die Gestaltungsspielräume der kommunalen Schulträger. Die Vorgabe des Absatzes 2, wonach der Unterricht *in der Regel* in binnendifferenzierter

Form im Klassenverband stattfindet, ist so flexibel gehalten („Regel“), dass – falls nötig – zur Erfüllung des Bildungsanspruchs der Kinder (Art. 8 Abs. 1 S. 1 LV NRW) auch andere Unterrichtsformen (z.B. getrennte Klassen) eingesetzt werden können.

- Die Neufassung des § 100 Abs. 7 SchulG sichert die verfassungsrechtlich vorgegebene Trennung zwischen öffentlichen und freien Schulen.
- Bei kursorischer Prüfung sind gegenüber den übrigen Bestimmungen des Gesetzentwurfs keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken anzumelden.

I. Streichung von § 57 Abs. 4 Satz 3 SchulG („Kopftuch“)

Das BVerfG hat durch Beschluss vom 27.1.2015 festgestellt, dass § 57 Abs. 4 S. 3 SchulG nichtig ist. Darüber hinaus hat das BVerfG entschieden, dass § 57 Abs. 4 S. 1 und 2 SchulG einschränkend auszulegen seien, und zwar in dem Sinne, dass einer muslimischen Lehrerin im Regelfall das Tragen eines Kopftuches im Unterricht nicht verwehrt werden könne

1. Hintergrund: die Entscheidung des BVerfG vom 27.1.2015 – 1 BvR 471/10

Die Entscheidung des BVerfG enthält eine wichtige Klarstellung (unten a). Sie weist aber argumentative Schwächen auf (unten b) und missachtet die Gestaltungsspielräume des Landesgesetzgebers (unten c).

a) Schule – kein religionsfreier Raum

Schule ist kein religionsfreier Raum. Die Religionsfreiheit gilt nicht nur im privaten Leben, sondern auch in der Öffentlichkeit und auch im staatlichen Bereich, namentlich in den Schulen. Das folgt nicht nur aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, sondern auch aus der Landesverfassung NRW: Diese ist offen für die Religion in der Schule, wie sich aus dem Erziehungsziel Ehrfurcht vor Gott (Art. 7 Abs. 1 LV NRW) und aus der Offenheit für christliche und andere Bekenntnisse in der Gemeinschaftsschule (Art. 12 Abs. 3 LV) ergibt. Diese Offenheit kommt allen religiös-weltanschaulichen Überzeugungen zu, selbstverständlich auch dem Islam. Eine laizistische Verdrängung der Religion aus der öffentlichen Schule widerspräche also Grundgesetz und Landesverfassung

b) Argumentative Schwächen in der Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG hat sich zu zwei zentralen Fragen nur sehr knapp geäußert: Wie wirkt sich die negative Religionsfreiheit der Kinder und ihrer Eltern aus? Was bewirkt das sichtbare Kopf-

tuch einer muslimischen Lehrerin mit Blick auf die Gleichstellung von Mann und Frau?

aa) Wie wirkt sich die negative Religionsfreiheit der Kinder und ihrer Eltern aus?

Das BVerfG geht davon aus, dass die negative Religionsfreiheit der Schüler und ihrer Eltern kaum beeinträchtigt sei, weil sich der Staat die religiöse Äußerung, die mit dem Kopftuch konkludent verbunden sei, nicht zu Eigen mache. Deshalb komme der positiven Religionsfreiheit der Lehrerin der Vorrang zu, zumal diese das Kopftuchtragen als verpflichtendes religiöses Gebot verstehe.

Das überzeugt nicht: Gerade weil die Lehrerin das Kopftuch als zwingendes Gebot begreift, geht von ihrem Kopftuch ein starkes Signal aus, dass auch andere muslimische Frauen das Kopftuch tragen müssen. Durch die Schulpflicht setzt der Staat die Schüler diesem Signal aus, ohne Vorkehrungen zum Schutz der negativen Religionsfreiheit zu treffen.

bb) Was bewirkt das sichtbare Kopftuch einer muslimischen Lehrerin mit Blick auf das Verfassungsziel der Gleichstellung von Mann und Frau?

Das BVerfG erwähnt knapp, dass aus dem Kopftuch alleine keine Aussage gegen die Gleichberechtigung von Mann und Frau folge. Es klärt allerdings nicht, ob bei einigen Schülern und Eltern vielleicht doch dieser Eindruck erzeugt wird. Das mag ein Missverständnis dieser Schüler und Eltern sein. Das mögliche Spannungsverhältnis zwischen dem Kopftuch und dem Verfassungsanliegen der Gleichstellung der Geschlechter könnte durch die großen Islamverbände aufgelöst werden, indem deutlich die Gleichberechtigung von Mann und Frau in Staat, Öffentlichkeit, Gesellschaft und Familie klargestellt wird. Die Aussage z.B. in der Islamcharta des Zentralrats der Muslime – freilich nur ein Verband von mehreren –, wonach Mann und Frau „die gleiche Lebensaufgabe“ hätten und die Frau das Wahlrecht, genügt hierzu noch nicht.

c) *Missachtung der Gestaltungsspielräume des Landesgesetzgebers*

Das BVerfG – erste Senat – gesteht zu, dass der Landesgesetzgeber womöglich von einer abstrakten Gefahr für die negative Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler ausgehen kann. Eine nur abstrakte Gefahr rechtfertigt jedoch nicht ein pauschales gesetzliches Kopftuch-Verbot. Das sei unverhältnismäßig.

Diese Entscheidung steht im Widerspruch zur Kopftuch-Entscheidung aus dem Jahr 2003: Seinerzeit verlangte das BVerfG eine parlamentsgesetzliche Grundlage für ein Kopftuch-

Verbot, das allein durch abstrakte Gefahren begründet werden soll. Das BVerfG (zweiter Senat) stellte damals aber nicht die Verhältnismäßigkeit eines Kopftuch-Verbotes zum Schutz der negativen Religionsfreiheit in Frage – das tut es erst jetzt (erster Senat).

Der erste Senat des BVerfG wirft dem Landesgesetzgeber damit vor, dass seine Einschätzung unverhältnismäßig sei, obwohl diese Einschätzung seinerzeit vom zweiten Senat zugrunde gelegt und nicht beanstandet worden war. Das überzeugt nicht.

2. Konsequenzen

a) *Streichung von § 57 Abs. 4 S. 3 SchulG*

Die Feststellung der Nichtigkeit von § 57 Abs. 3 S. 4 SchulG durch das BVerfG hat Gesetzeskraft. Indem das 12. Schulrechtsänderungsgesetz § 57 Abs. 4 S. 3 SchulG streicht, stellt der Gesetzgeber mithin nur klar, was das BVerfG bereits bewirkt hat.

b) *Notwendigkeit von Regelungen für den Fall konkreter Gefahren für den Schulfrieden, die Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler oder die Gleichstellung der Geschlechter?*

Das BVerfG gesteht dem Landesgesetzgeber und der Schulverwaltung weiterhin zu, im Falle konkreter Gefahren für den Schulfrieden, die Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler oder die Gleichstellung der Geschlechter tätig zu werden. Es regt an, etwaigen Problemen vorbeugend durch bereichsorientierte Lösungen Rechnung zu tragen, z.B. durch Rechtsverordnungen, die örtliche und zeitlich begrenzte Regelungen treffen.

Durch diese Hinweise gibt das BVerfG dem Landesgesetzgeber und der Schulverwaltung jedoch eher Steine statt Brot. Solche Rechtsverordnungen, die einer parlamentsgesetzlichen Grundlage bedürfen, würden wiederum Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität auslösen und damit die Rechtsunsicherheit, die durch die Entscheidung des BVerfG entstanden ist, nicht beseitigen.

Deshalb ist es nicht nur verfassungsrechtlich, sondern wohl auch schulpolitisch vertretbar, dass der Schulgesetzgeber vorerst keine entsprechenden Regelungen trifft, vielmehr die weitere Entwicklung abwarten will. Ggf. könnte auf die allgemeinen Instrumente des Beamtenrechts zurückgegriffen werden.

c) *Fortbestand der übrigen Regelungen des § 57 Abs. 4 SchulG*

Ähnliche Überlegungen gelten mit Blick auf den Fortbestand der übrigen Regelungen des §

57 Abs. 4 SchulG: Es ist nicht von Verfassungs wegen geboten, diese zu ändern. Ihre Anwendung muss im Lichte der Aussagen der aktuellen Entscheidung des BVerfG erfolgen. Auch hier bietet es sich an, die weitere Entwicklung abzuwarten.

II. Neufassung von § 61 SchulG (Bestellung der Schulleiterin oder des Schulleiters)

Die Neufassung des § 61 SchulG verringert die Mitwirkungsmöglichkeiten der Schulkonferenz (d.h. der Lehrer, Eltern und Schüler) und schafft das Sperrvotum des kommunalen Schulträgers ab. Diese Neuregelung bewegt sich innerhalb der Gestaltungsspielräume, die Grundgesetz und Landesverfassung dem Gesetzgeber belassen.

Der Schulleiter bekleidet ein wichtiges öffentliches Amt (siehe zu seiner rechtlichen Stellung § 59 SchulG: u.a. Schulleitung, Vertretung nach außen, Dienstvorgesetzter der Lehrer). Aus Art. 33 Abs. 2 und 5 GG folgt als zwingende Vorgabe das Prinzip der Bestenauslese. Die Mitwirkung der Erziehungsberechtigten ist landesverfassungsrechtlich durch Art. 10 Abs. 2 LV NRW gewährleistet; bei der Ausgestaltung der elterlichen Mitwirkung kommt dem Gesetzgeber jedoch ein großer Gestaltungsspielraum zu. Die Mitwirkung der Schüler und Lehrer ist nicht unmittelbar verfassungsrechtlich verankert. Der kommunale Schulträger kann sich in den äußeren Schulangelegenheiten auf das kommunale Selbstverwaltungsrecht berufen; die Besetzung des Schulleiters fällt freilich in den Bereich der inneren Schulangelegenheiten.

Die Neufassung sichert die Bestenauslese, beteiligt die Eltern und – ohne ausdrückliche verfassungsrechtliche Verpflichtung – auch die Lehrer und Schüler an der Auswahlentscheidung. Sie löst daher keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Zweifel aus.

III. Neufassung von § 78 Abs. 4 S. 5 SchulG (Beschränkung der Schulerichtungspflicht öffentlicher Schulträger mit Blick auf freie Schulen)

Gem. Art. 8 Abs. 3 S. 1 LV NRW haben Land und Gemeinden die Pflicht, Schulen zu errichten und zu fördern. Diese landesverfassungsrechtliche Vorgabe greift § 78 SchulG auf. Nach §78 Abs. 4 S. 5 SchulG jetziger Fassung besteht diese Verpflichtung nicht,

soweit und solange andere öffentliche oder private Schulträger das Schulbedürfnis durch einen geordneten Schulbetrieb erfüllen.

Die Neufassung schränkt ein, dass nur „bereits vorhandene Schulen“ anderer öffentlicher oder privater Schulträger zu berücksichtigen sind. Bloße Pläne zur Gründung einer Ersatzschule befreien den öffentlichen Schulträger also nicht von seiner Schulerichtungspflicht. Inhaltlich

bekräftigt die Neufassung nur das Verständnis, dass die Kommentarliteratur bereits der heutigen Fassung des § 78 Abs. 4 S. 5 SchulG zugeschrieben hat.¹ Die Neufassung ist daher als Klarstellung zu verstehen (so auch die Begründung, LT-Drs. 16/8441, S. 51).

Klargestellt sei ferner, dass der öffentliche Schulträger nur dann entlastet wird, wenn die betreffenden Schüler die Ersatzschule auch tatsächlich besuchen können. Das darf weder durch das Recht der Ersatzschule auf freie Schülerwahl noch durch finanzielle Hürden (z.B. den faktischen Druck zum Beitritt in einen Förderverein) erschwert werden.

Die Neuregelung bewegt sich deshalb innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens – dieser würde indessen auch weitergehende Kooperationen von öffentlichen und freien Schulträgern zulassen.

IV. Neufassung von § 100 Abs. 7 SchulG (kein bestimmender Einfluss öffentlicher Schulträger auf Träger von Ersatzschulen)

Grundgesetz und Landesverfassung trennen zwischen Schulen in öffentlicher und in freier Trägerschaft (vgl. Art. 7 Abs. 3 und 4 GG sowie Art. 8 Abs. 3 und 4 LV NRW). Wenn öffentliche Schulträger Ersatzschulen betreiben, entstehend Hybridformen, die der verfassungsrechtlichen Trennung zuwiderlaufen. Die Neufassung des § 100 Abs. 7 SchulG sichert die Trennung zwischen öffentlichen und freien Schulen.

V. Einfügung von § 132c SchulG (Hauptschul-Bildungsgang in einer Realschule)

Durch die Änderung der Landesverfassung vom 25.10.2011 wurde die Verfassungsgarantie zugunsten der Hauptschule aufgehoben. Parallel dazu hat das 6. Schulrechtsänderungsgesetz die Sekundarschule als neue Schulform eingeführt. Beides hat zu erheblichen tatsächlichen Änderungen in der Schullandschaft geführt, wobei der rückläufige Trend der Zahl der Hauptschulen und Hauptschüler schon länger zu beobachten ist. Durch den Wegfall von Hauptschulen droht eine Versorgungslücke für Schüler, für die die Bildungsgänge der Realschule oder des Gymnasiums nicht angemessen sind. Vielfach wird eine Sekundarschule oder eine Gesamtschule die beste Lösung sein. Wo diese Schule nicht erreichbar sind, muss ein geeigneter Ort der Beschulung gesucht werden. Der neue § 132c SchulG soll es den Schulträgern ermöglichen, diesen Schülern in ihren Realschulen ein angemessenes Bildungsangebot zur Verfügung zu stellen.

¹ So *van den Hövel*, in: Jülich/van den Hövel, Schulrechtshandbuch NRW, Stand: April 2015, § 78 SchulG Rn. 10.

Die Neuregelung genügt den organisatorischen Vorgaben des Schulverfassungsrechts, wahrt zugleich die Gestaltungsspielräume der kommunalen Schulträger. Die Vorgabe des Absatzes 2, wonach der Unterricht *in der Regel* in binnendifferenzierter Form im Klassenverband stattfindet, ist so flexibel gehalten („Regel“), dass – falls nötig – zur Erfüllung des Bildungsanspruchs der Kinder (Art. 8 Abs. 1 S. 1 LV NRW) auch andere Unterrichtsformen (z.B. getrennte Klassen) eingesetzt werden können.

VI. Übrige Bestimmungen des Gesetzentwurfs

Bei cursorischer Prüfung sind gegenüber den übrigen Bestimmungen des Gesetzentwurfs keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken anzumelden.

Witten/Bochum, den 11.5.2015

