

Rechtsreferendarin in der Berliner Provinz

Klaus Ferdinand Gärditz

2020-10-04T14:10:37

Der Zweite Senat des BVerfG hatte in einer kontrovers diskutierten (auch von mir [kritisch bewerteten](#)) Entscheidung gebilligt, dass ein Land Rechtsreferendarinnen bei der Wahrnehmung spezifischer Justizfunktionen im Rahmen ihrer Ausbildung das Tragen eines Kopftuches aus religiösen Gründen untersagt (BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2020 – 2 BvR 1333/17). Folgekonflikte waren abzusehen. Nunmehr ist im Land Berlin erneut Streit über das Kopftuch im Referendardienst entbrannt (siehe [hier](#)). Der Präsident des Kammergerichts hat eine Änderung der Verwaltungspraxis (sprich: eine allgemeine Dienstanweisung/Verwaltungsvorschrift) bekannt gegeben, wonach Rechtsreferendarinnen mit Kopftuch künftig die Anklageverlesung und Sitzungsvertretung übernehmen dürfen, wenn eine Ausbildungsperson sichtbar zugegen ist.

Der Hauptrichter- und Staatsanwaltsrat des Landes Berlin, der nach §§ 33 Satz 1 Nr. 3, 34 Abs. 3, 39, 54, 55 Abs. 6, 92 Abs. 5, 93 Abs. 1 Richtergesetz Berlin Aufgaben der Personalvertretung in der Justiz wahrnimmt, meint, dies ohne Weisung des Justizministers für die Staatsanwaltschaften nicht beachten zu müssen. Der Erlass sei zudem verfassungswidrig. Was in der Dienstanweisung geregelt werden solle, gehöre eigentlich in ein Gesetz.

Berliner Neutralitätsgesetz

Ein solches Gesetz gibt es freilich und es ist seit geraumer Zeit Gegenstand politischer wie juristischer Auseinandersetzungen. Das Land Berlin hatte als erstes ein „Neutralitätsgesetz“ verabschiedet, verpackt als „Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin“ (VerfArt29G BE) v. 27. Januar 2005 (GVBl. S. 92). Schon die Semantik ist bemerkenswert: Art. 29 der Verfassung von Berlin gewährleistet die Religionsfreiheit, für die man ein Ausführungsgesetz formulieren möchte, welches – im Stil des „Artikel 10-Gesetzes“ – letztlich Freiheitsbeschränkungen enthält. Die – für eine technokratische Regelung des Dienstrechts eher ungewöhnliche – Präambel des Gesetzes erwähnt in Satz 1 die Religionsfreiheit, um dann in Satz 2 die Beschränkungsintention nachzuschieben: „Gleichzeitig ist das Land Berlin zu weltanschaulich-religiöser Neutralität verpflichtet“. Das ist richtig, tauscht aber folgenreich die Akteure aus. Während Satz 1 die Trägerinnen und Träger von Grundrechten thematisiert, suggeriert Satz 2 einen Antagonismus („gleichzeitig“ ist hier erkennbar im Sinne von „gleichwohl“ gemeint), der kurzerhand die Bediensteten mit dem Land gleichsetzt.

Amtlichkeit und Freiheit

Darin liegt auch das Kernproblem des Gesetzes, das komplexe Zurechnungsfragen, die namentlich der Erste Senat des BVerfG überzeugend präzisiert hat (BVerfGE 138, 296, 336 f.), erst gar nicht stellen möchte. Satz 3 der Präambel zieht hieraus Konsequenzen: „Deshalb müssen sich Beschäftigte des Landes Berlin in den Bereichen, in denen die Bürgerin oder der Bürger in besonderer Weise dem staatlichen Einfluss unterworfen ist, in ihrem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis zurückhalten“. Das Zurückhaltungsgebot, das § 33 Abs. 2 BeamStG für die politische Betätigung konkretisiert, ist fraglos eine legitime beamtenrechtliche Dienstpflicht, die die Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit der Amtsführung sowie das öffentliche Vertrauen in diese sichert. Darin kommt die Leitidee des Amtes zum Ausdruck, dass die öffentliche Amtsausübung von den individuellen Interessen der konkreten Amtswalterinnen und Amtswalter distanziert. Das Amtsprinzip entkoppelt damit auch amtliche Aufgabenerfüllung von privater Freiheitsentfaltung.

Diese Distanzierungsleistung – eine Entprivatisierung des Öffentlichen – verlangt den Beamtinnen und Beamten einerseits eine Amtsführung ab, die legitime Erwartungen an die Amtlichkeit nicht gefährdet. Andererseits schafft sie auch Freiräume, Grundrechte auszuüben, die auch Angehörigen des öffentlichen Dienstes nicht verloren gehen. Gerade weil amtliches Handeln kraft normativer Distanzierung von Rollenfunktionen rechtsgebundene Ausübung öffentlicher Gewalt und nicht privatautonome Freiheitsausübung repräsentiert, ist es nicht notwendig, Grundrechtsträgerinnen und -träger hinter ihrem Amt gänzlich zum Verschwinden zu bringen. Grundrechte können vielmehr im Rahmen der Verhältnismäßigkeit beschränkt werden, soweit dies Amtsfunktionen erfordern. Diese Differenziertheit fehlt dem VerfArt29G BE, das schon das Gegenüber der Verwaltung nicht ernst nimmt: Mit öffentlicher Gewalt konfrontiert ist „die Bürgerin oder der Bürger“ (Singular), als ob es um uniformierte Einheiten ginge. Muslimische Bürgerinnen „mitgedacht“?

Das Verbot auffallend religiös oder weltanschaulich geprägter Kleidungsstücke

Herzstück des Gesetzes ist § 1 Satz 1 VerfArt29G BE und enthält das, was dem Gesetzgeber Berlins offenbar als erstes zur Religionsfreiheit einfiel: ein Verbot für Beamtinnen und Beamte (für Angestellte gilt nach § 5 VerfArt29G BE Entsprechendes), die im Bereich der Rechtspflege, des Justizvollzugs oder der Polizei beschäftigt sind, innerhalb des Dienstes sichtbare religiöse oder weltanschauliche Symbole, die für die Betrachterin oder den Betrachter eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft demonstrieren, und auffallende religiös oder weltanschaulich geprägte Kleidungsstücke zu tragen. Die Referendarausbildung erfolgt nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Justizausbildungsgesetz Berlin (JAG BE) zwar in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis außerhalb des Beamtenverhältnisses; jedoch dürfte auch hierfür das VerfArt29G BE nach Sinn und Zweck (vgl. § 4) unmittelbar gelten, zumal

das Justizausbildungsrecht auf das entsprechend anwendbare Beamtenrecht verweist (§ 10 Abs. 3 Satz 1 JAG BE).

§ 1 Satz 2 VerfArt29G BE schränkt dies im Bereich der Rechtspflege auf solche Beamtinnen und Beamte ein, die hoheitlich tätig sind. Dies ist zumindest missverständlich. Richtigerweise gilt das Verbot funktional nur während hoheitlicher Handlungen, nicht personal im Dienst für Beamtinnen und Beamte, die auch mit hoheitlichen Tätigkeiten betraut sind. Da Satz 1 zudem nur sichtbare Bekleidung verbietet, wird man die Regelung teleologisch sowie aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auf hoheitliche Handlungen beschränken müssen, in denen die Amtswalterin oder der Amtswalter für das Publikum sichtbar ist, nicht etwa bei der Aktenbearbeitung im Dienstzimmer. Die öffentliche Verlesung der Anklageschrift (§ 169 Abs. 1 Satz 1 GVG) und die Sitzungsvertretung betreffen freilich durchweg die sichtbare Ausübung unmittelbarer Hoheitsfunktionen.

Die Ausnahme und die Anweisungsbefugnis des Dienstvorgesetzten

Für Beamtinnen und Beamte im Vorbereitungsdienst sieht allerdings § 4 Satz 1 VerfArt29G BE die Möglichkeit vor, Ausnahmen zuzulassen. Die entsprechende beamtenrechtliche Entscheidung trifft nach Satz 2 die Dienstbehörde bzw. die jeweils zuständige Personalstelle. Dies steht im Zusammenhang mit § 5 Abs. 1 Satz 1 Landesbeamtengesetz Berlin (LBG BE): Dienstvorgesetzte oder Dienstvorgesetzter ist, wer, ohne oberste Dienstbehörde oder Dienstbehörde zu sein, für beamtenrechtliche Entscheidungen zuständig ist. „Beamtenrechtliche Entscheidungen“, die Dienstvorgesetzte zu treffen haben, sind solche, die den persönlichen Status sowie statusrelevante Maßnahmen betreffen. Demgegenüber können die fachlichen Vorgesetzten „einer Beamtin oder einem Beamten für ihre oder seine Tätigkeit dienstliche Anordnungen erteilen“ (§ 5 Abs. 2 LBG BE), also die konkrete Diensterfüllung dirigieren, die nicht den Status als solchen berührt.

Ob und unter welchen Bedingungen Referendarinnen während des Dienstes aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen dürfen, ist keine bloße Frage der konkreten fachlichen Aufgabenwahrnehmung, sondern aufgrund des damit ggf. verbundenen erheblichen Grundrechtseingriffs eine Entscheidung, die den öffentlich-rechtlichen Status betrifft. Die Anweisung, während der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben das Kopftuch abzulegen oder auf entsprechende Ausbildungseinheiten zu verzichten, führt faktisch einen Zweiklassen-Status in den Referendardienst ein und bedeutet für Betroffene eine Anpassung an dienstliche Zwänge, die den Kern persönlicher Lebensführung in religiöser Hinsicht tangieren und zumindest für die obligatorische Ausbildung bei einer Staatsanwaltschaft einen separierenden Sonderstatus schaffen. Solche Statusentscheidungen bleiben dem Dienstvorgesetzten vorbehalten. Für Referendarinnen und Referendare im Vorbereitungsdienst entspricht dem die „Ausbildungsbehörde“. Ausbildungsbehörde wiederum ist nach § 10 Abs. 1 Satz 3 JAG BE der Präsident des Kammergerichts. Entsprechende Ausbildungsentscheidungen hat dieser unabhängig von dem

aktuellen Einsatz der Referendarinnen bei einer entsprechenden Ausbildungsstelle zu treffen, wo es allenfalls Fachvorgesetzte gibt.

Dementsprechend kommt weder das interne Weisungsrecht gegenüber Beamtinnen und Beamten der Staatsanwaltschaft (§ 146 GVG) noch die Begrenzung des externen Weisungsrechts (§ 147 GVG) zur Anwendung. Die Verwaltungsvorschrift des zuständigen Kammergerichtspräsidenten ist nach § 10 Abs. 1 Satz 3 JAG BE unmittelbar verbindlich und von den Staatsanwaltschaften zu beachten, die für eine korrekte Umsetzung zu sorgen haben. Wer sich dem verweigert, verletzt seine Gehorsampflicht nach § 35 Satz 2 BeamStG und begeht ein Dienstvergehen.

Verfassungswidrigkeit?

Selbst wenn man mit dem BVerfG (zu Recht) Neutralitätsanforderungen an die Justiz verfassungsrechtlich gewährleistet sieht und ein aus religiösen Gründen getragenes Kopftuch (zu Unrecht) in einem Konflikt hiermit sähe, ergibt sich aus der Verfassung kein unmittelbares – etwa in Art. 33 Abs. 5 GG radiziertes – Verbot, eine Religionszugehörigkeit im Dienst sichtbar zu machen. Auch das BVerfG [geht davon aus](#), dass hier zwei Verfassungsgüter in einer normativen „Spannungslage“ zueinander stünden und (unter legislativer Einschätzungsprärogative) in Ausgleich zu bringen seien (BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 101).

Abwehrgrundrechtliche Freiheitsgewährleistungen – wie hier die betroffene Religionsausübungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1-2 GG) – bedürfen keiner Ausführungsgesetzgebung. Sie gelten gegenüber der öffentlichen Gewalt unmittelbar (Art. 1 Abs. 3 GG). Zwar hat das BVerfG in einer traditionsreichen Rechtsprechungslinie den demokratisch-rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 GG) ausgeformt. Hiernach müssen alle wesentlichen Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst getroffen werden. Grundrechtsrelevante Entscheidungen sind hierbei stets wesentlich. Der Vorbehalt des Gesetzes ist ein flankierendes Instrument des Grundrechtsschutzes, weil über basale Fragen der Freiheitsentfaltung in einem pluralistischen Gesetzgebungsverfahren öffentlich und unter Oppositionsbeteiligung verhandelt werden muss. Der Vorbehalt des Gesetzes lässt sich aber gerade nicht gegen Grundrechte ausspielen, indem man Freiheitsentfaltungschancen schlicht zu einer wesentlichen Angelegenheit der Allgemeinheit erklärt, über die zunächst einmal das Parlament entscheiden müsse. Grundrechtseingriffe bedürfen einer gesetzlichen Ermächtigung, Grundrechtsentfaltung bedarf dies nicht. Angehörigen des öffentlichen Dienstes, denen rechtsprechende Gewalt anvertraut ist oder die verantwortungsvoll über weitreichende Grundrechtseingriffe entscheiden müssen, sollte diese fundamentale rechtsstaatliche Verteilungsregel bekannt sein.

Aggressiver Laizismus

Man mag unterschiedliche verfassungsrechtliche Positionen vertreten, wann eine Beschränkung der Religionsausübungsfreiheit im öffentlichen Dienst gerechtfertigt

ist. Die Abwehrreflexe im vorliegenden Fall hängen aber erkennbar mit Mentalitäten zusammen, die schon das aggressive „Neutralitätsgesetz“ prägten. Ferment dieser Regelung ist eine Melange aus anti-religiösen Ressentiments, in denen westdeutsche Boheme und DDR-Hauptstadteliten schnell ihre innere Einheit fanden, und einem muffigen Provinzialismus spezifisch Berliner Provenienz. Verkrampfter Laizismus ist kein Ausdruck weltanschaulich-religiöser Neutralität, sondern auch nur ein säkulares Glaubensbekenntnis. Und Milieupflege auf Kosten von Rechtsreferendarinnen ist das Gegenteil der souveränen Gelassenheit, die man sich gerne zuschreibt, aber eigentlich nie hatte. Es wäre an der Zeit, auch hier föderale Pluralisierung sowie gewachsene gesellschaftliche Vielfalt endlich als das andere Erbe des wiedervereinigten Deutschlands anzunehmen.

