



17.02.2021

## Wichtige neue Entscheidung

Verwaltungsprozessrecht: Fortsetzungsfeststellungsinteresse wegen typischerweise kurzfristiger Erledigung auch bei mehrmonatiger Geltung der Maßnahme möglich (hier: Kopftuchverbot für Rechtsreferendarin)

Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 19 Abs. 4 GG, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, Art. 36 BayVwVfG, § 46 Abs. 6 JAPO, Art. 11 BayRiStAG, Art. 57 AGGVG

Rechtsreferendarin  
Kopftuch  
Religionsfreiheit  
Fortsetzungsfeststellungsklage  
Feststellungsinteresse  
Schwerwiegende Grundrechtsbeeinträchtigung  
Gesetzliche Grundlage

*Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 12.11.2020, Az. 2 C 5.19*

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite sowie Twitter (@LA\_Bayern) eingestellt.

### Leitsätze:

1. Ein für das Rechtsreferendariat ausgesprochenes Verbot, ein Kopftuch zu tragen, das typischerweise nur für einige Monate einen Anwendungsbereich hat, ist auch nach seiner Erledigung gerichtlich angreifbar; das für die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO erforderliche besondere Feststellungsinteresse ergibt sich aus der Fallgruppe des schwerwiegenden Grundrechtseingriffs.
2. In Bayern ist erst im Jahr 2018 mit Art. 11 BayRiStAG i.V.m. Art. 57 AGGVG die erforderliche gesetzliche und nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Januar 2020 – 2 BvR 1333/17 – (BVerfGE 153, 1) verfassungsgemäße Grundlage dafür geschaffen worden, einer Rechtsreferendarin zu verbieten, bei der Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten mit Außenkontakt ein Kopftuch zu tragen.

### Hinweise:

1. Die vorliegende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) befasst sich mit der für die Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO) anerkannten Fallgruppe der typischerweise kurzfristigen Grundrechtsbeeinträchtigung. Dabei geht es um schwerwiegende Grundrechtseingriffe, die sich in der Regel schneller erledigen, als Rechtsschutz gegen sie zu erreichen wäre. Zumeist denkt man dabei an kurzzeitige Freiheitsentziehungen (z.B. Abschiebungshaft), Wohnungsdurchsuchungen, Beschränkungen des Versammlungsrechts, Anordnungen von Polizeivollzugsbeamten oder ähnliche Maßnahmen, deren Wirkungen sich ihrer Natur nach auf wenige Tage oder gar Stunden beschränken. Die vorliegende Entscheidung macht jedoch deutlich, dass auch Maßnahmen, die sich erst nach mehreren Monaten erledigt haben, ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse wegen typischerweise kurzfristiger schwerwiegender Grundrechtsbeeinträchtigung begründen können. Denn für die Beurteilung der Kurzfristigkeit kommt es darauf an, ob während der typischen Geltungszeit der Maßnahme Rechtsschutz in einem verwaltungsgerichtlichen *Hauptsacheverfahren* erlangt werden kann, wobei nach Auffassung des BVerwG sogar der Zeitraum eines vorausgehenden Widerspruchsverfahrens in die Beurteilung mit einzubeziehen ist.

2. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin ist muslimischen Glaubens und trägt als Ausdruck ihrer religiösen Überzeugung ein Kopftuch. Sie begehrte die Feststellung der Rechtswidrigkeit des ihr gegenüber zu Beginn des Rechtsreferendariats ergangenen und später aufgehobenen Verbots (Auflage), bei hoheitlichen Tätigkeiten im Referendariat ein Kopftuch zu tragen. Die Klägerin war in der ersten, fünfmonatigen Zivilrechtsstation einem Amtsgericht zugewiesen. Während ihrer Mitreferendarin an einem Verhandlungstag die Einführung in den Sach- und Streitstand am Richtertisch übertragen wurde, wohnte die Klägerin der Verhandlung nur im Zuschauerbereich bei. An den übrigen Verhandlungstagen wurde die Klägerin hingegen genauso behandelt wie ihre Mitreferendarin.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren und anschließender Klageerhebung hob der Beklagte – acht Monate nach Beginn des Referendariats – die Kopftuch-Auflage auf, weil (auch) die Strafrechtsstation mittlerweile beendet und die Auflage daher nicht mehr erforderlich sei. Daraufhin stellte die Klägerin ihre Anfechtungsklage um und beantragte festzustellen, dass die Auflage rechtswidrig gewesen ist. Das Verwaltungsgericht gab der Klage statt, wobei es das berechtigte Interesse im Sinn des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO wegen Präjudizwirkung für einen von der Klägerin beim Landgericht anhängig gemachten Entschädigungsanspruch aus Amtshaftung bejahte und die Klage auch als begründet ansah, weil die Auflage wegen Fehlens einer ihren Erlass rechtfertigenden Rechtsgrundlage rechtswidrig sei.

Während des Berufungsverfahrens beendete die Klägerin das Rechtsreferendariat und nahm auch die Amtshaftungsklage zurück. Der Bayerische Verwaltunggerichtshof hob das verwaltungsgerichtliche Urteil auf und wies die Klage ab. Sie sei bereits unzulässig, weil es der Klägerin am erforderlichen Fortsetzungsstellungsinteresse fehle. Es liege zwar ein Grundrechtseingriff vor. Dieser sei aber nicht tiefgreifend, weil sich das Kopftuchverbot nur bei einer einzigen mündlichen Verhandlung ausgewirkt habe. Die streitige Auflage gehöre auch nicht zu den Maßnahmen, die sich typischerweise kurzfristig erledigen; ihre untypisch frühzeitige Erledigung wegen Aufhebung durch den Beklagten ändere daran nichts.

3. Auf die Revision der Klägerin hin hob das BVerwG das Berufungsurteil auf und stellte das erstinstanzliche Urteil wieder her. Zur Begründung führte es insbesondere Folgendes aus:

- a) Die Klage sei zulässig, weil der Klägerin das erforderliche Interesse für die begehrte Feststellung zustehe. Bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen sei im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu bejahen, wenn andernfalls kein wirksamer Rechtsschutz gegen solche Eingriffe zu erlangen wäre. Davon sei nur bei Maßnahmen auszugehen, die sich typischerweise so kurzfristig erledigen, dass sie ohne die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses regelmäßig keiner Überprüfung im gerichtlichen Hauptsacheverfahren zugeführt werden könnten. Maßgebend sei dabei, ob die kurzfristige, eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ausschließende Erledigung sich aus der Eigenart des Verwaltungsakts selbst ergibt (unter Bezugnahme auf BVerwG, U.v. 16.5.2013 – 8 C 14.12 – juris Rn. 32 [zu einer glücksspielrechtlichen Untersagung, bei der ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse trotz untypisch frühzeitiger Erledigung verneint worden war] sowie Rechtsprechung des BVerfG; vgl. Rn. 14 f.).

Das Kopftuchverbot greife in das Grundrecht der Klägerin auf Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) ein. Dieser Eingriff wiege schwer, weil er von der Klägerin ein Handeln unter Verstoß gegen ein von ihr für sich als verpflichtend verstandenes religiöses Gebot fordere. Dies gelte unabhängig von der Anzahl der Fälle, in denen sich ein solches Verbot aktualisiert (vgl. Rn. 18).

Die Aufhebung der Auflage durch den Beklagten stellt nach Ansicht des BVerwG keine untypische frühzeitige Erledigung dar, die der Bejahung eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses entgegensteht. Denn der Zeitraum, für den sich die Auflage Geltung beimaß, sei zu kurz gewesen, um verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz in der Hauptsache zu erlangen. Zwar sei die Auflage ihrem Wortlaut nach nicht auf die Zivilrechts- und die Strafrechtsstation beschränkt gewesen, sondern habe sich auf das gesamte Referendariat erstreckt und Tätigkeiten in der Zivilrechts- und der Strafrechtsstation nur beispielhaft („insbesondere“) erfasst. Allerdings habe sie außerhalb der beiden vorgenannten Stationen typischerweise keinen Anwendungsbereich gehabt.

Im Fall der Klägerin habe sich der Anwendungsbereich der Auflage sogar nur auf die Zivilrechtsstation beschränkt, weil die Klägerin für die Strafrechtsstation einem Gericht zugewiesen worden war und in Strafsachen die Vornahme gerichtlicher Verfahrenshandlungen durch Rechtsreferendare gesetzlich ausdrücklich ausgeschlossen ist (vgl. § 10 GVG). Es könne nicht angenommen werden, dass der hiernach verbleibende Zeitraum zur Erlangung verwaltungsgerichtlichen Hauptsacherechtsschutzes gegen die Auflage ausreichend war, zumal auch der Zeitraum für ein der Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage vorausgehendes Widerspruchsverfahren in die Betrachtung einzubeziehen sei. Dem stehe nicht entgegen, dass im Fall der Klägerin die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens in Bayern auch damals schon nicht zwingend, sondern nur fakultativ vorgesehen war (Art. 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VwGO i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 SiGjurVD; vgl. Rn. 19 f.).

- b) Die Fortsetzungsfeststellungsklage war nach Auffassung des BVerwG auch begründet, weil in Bayern im maßgeblichen Zeitraum der Geltungsdauer der Kopftuch-Auflage (Oktober 2014 bis Mai 2015) die erforderliche parlamentsgesetzliche Grundlage für den mit ihr verbundenen Eingriff in die Religionsfreiheit fehlte. Erst im Jahr 2018 sei mit Art. 11 Abs. 2 des Bayerischen Richter- und Staatsanwaltsgesetzes (BayRiStAG) i.V.m. Art. 57 des Bayerischen Gerichtsverfassungsausführungsgesetzes (AGGVG) die erforderliche gesetzliche und nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14.1.2020 (2 BvR 1333/17 – juris [zum Kopftuchverbot gegenüber einer hessischen Rechtsreferendarin]) verfassungsgemäße Grundlage für den Erlass einer solchen Auflage geschaffen worden. Nach den vorgenannten Regelungen dürfen neben (unter anderem) Richterinnen und Richtern auch Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare in Verhandlungen sowie bei allen Amtshandlungen mit Außenkontakt keine sichtbaren religiös oder weltanschaulich geprägten Symbole oder Kleidungsstücke tragen, die Zweifel an ihrer Unabhängigkeit, Neutralität oder ausschließlichen Bindung an Recht und Gesetz hervorrufen können (vgl. Rn. 21 ff.).



Bundesverwaltungsgericht

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

BVerwG 2 C 5.19  
VGH 3 BV 16.2040

Verkündet  
am 12. November 2020

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 2020  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen,  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden, Dr. Hartung  
und Dollinger sowie die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Hampel

für Recht erkannt:

Das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom  
7. März 2018 wird aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 30. Juni 2016 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Klägerin ist muslimischen Glaubens und trägt als Ausdruck ihrer religiösen Überzeugung ein Kopftuch. Sie begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit des ihr gegenüber zu Beginn des Rechtsreferendariats ergangenen und später aufgehobenen Verbots, bei hoheitlichen Tätigkeiten im Rechtsreferendariat ein Kopftuch zu tragen.

- 2 Mit Bescheid des Präsidenten des Oberlandesgerichts München vom 3. September 2014 wurde die Klägerin zum juristischen Vorbereitungsdienst mit Beginn zum 1. Oktober 2014 zugelassen. Die Zulassung erfolgte unter der Auflage, dass bei Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten mit Außenwirkung (z.B. Wahrnehmung des staatsanwaltlichen Sitzungsdienstes, Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen in der Zivilrechtsstation) keine Kleidungsstücke, Symbole und andere Merkmale getragen werden dürfen, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die religiös-weltanschauliche Neutralität der Dienstausübung zu beeinträchtigen.
- 3 Nach Antritt des Vorbereitungsdienstes nahm die Klägerin in der fünfmonatigen Zivilrechtsstation beim Amtsgericht an vier Tagen im November 2014 jeweils gemeinsam mit einer Mitreferendarin an von ihrer Ausbilderin geleiteten mündlichen Verhandlungen teil. Während der Mitreferendarin am 21. November 2014 am Richtertisch u.a. die Einführung in den Sach- und Streitstand übertragen wurde, wohnte die Klägerin der Verhandlung im Zuschauerbereich bei. An den übrigen drei Verhandlungstagen im November wurde die Klägerin genauso behandelt wie ihre Mitreferendarin; beide Referendarinnen saßen im Zuschauerraum und beobachteten den Verlauf der Verhandlungen.
- 4 Im Januar 2015 legte die Klägerin Widerspruch gegen die Auflage ein. Der Präsident des Oberlandesgerichts wies den Widerspruch im März 2015 zurück. Im März 2015 begann auch die dreimonatige Strafrechtsstation der Klägerin, die sie bei einem Gericht absolvierte. Mit der im April 2015 erhobenen Klage beantragte die Klägerin zunächst, die Auflage aufzuheben. Nachdem mit Ablauf des Mai 2015 die Strafrechtsstation beendet war, hob der Präsident des Oberlandesgerichts München die Auflage im Juni 2015 auf, weil die Auflage nicht mehr erforderlich sei. Daraufhin beantragte die Klägerin im Juli 2015 festzustellen, dass die Auflage rechtswidrig gewesen ist.
- 5 Das Verwaltungsgericht entschied im Juni 2016 antragsgemäß. Die Klage sei zulässig, weil sich ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse der Klägerin aus der Präjudizwirkung der beantragten Feststellung für den im Juni 2016 beim Landgericht anhängig gemachten Entschädigungsanspruch aus Amtshaftung ergebe.



Die Klage sei auch begründet, weil die Auflage aufgrund des Fehlens einer ihren Erlass rechtfertigenden Rechtsgrundlage rechtswidrig sei.

6 Während des Berufungsverfahrens - im Juli 2017 - nahm die Klägerin die Amtshaftungsklage zurück. Die Berufung der Beklagten war erfolgreich. Der Verwaltungsgerichtshof hat das Urteil des Verwaltungsgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die von der Klägerin erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage sei bereits unzulässig, weil es an dem hierfür erforderlichen Feststellungsinteresse fehle. Insbesondere sei die Auflage nicht mit einem tiefgreifenden und sich typischerweise kurzfristig erledigenden Grundrechtseingriff verbunden gewesen. Die Wirkung der Auflage sei zeitlich und örtlich sowie auf die Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten mit Außenwirkung beschränkt gewesen. Das Verbot habe sich in ihrem Fall nur auf den Zeitraum einer einzigen mündlichen Verhandlung ausgewirkt. Die streitige Auflage gehöre auch nicht zu den Maßnahmen, die sich typischerweise kurzfristig erledigten. Es sei der Klägerin zumutbar und grundsätzlich auch möglich gewesen, hiergegen gerichtlichen Rechtsschutz auch in der Hauptsache zu erhalten. Dass sich die Auflage vorliegend durch ihre Aufhebung untypisch frühzeitig erledigt habe, ändere daran nichts.

8 Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin. Sie beantragt,

das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 7. März 2018 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 30. Juni 2016 zurückzuweisen.

9 Der Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

## II

- 10 Die Revision der Klägerin ist begründet. Die Annahme des Berufungsgerichts, die der Klägerin erteilte Auflage bewirke keinen tiefgreifenden Grundrechtseingriff, sodass ihre Fortsetzungsfeststellungsklage wegen fehlenden Feststellungsinteresses unzulässig sei, verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO; 1.). Die zulässige Klage ist auch begründet, weil es im Zeitraum der Geltung der streitigen Auflage an der hierfür erforderlichen gesetzlichen Grundlage fehlte, die es der Klägerin untersagt, im Rahmen ihres Rechtsreferendariats bei der Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten mit Außenwirkung Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale zu tragen, die die weltanschauliche Neutralität der Dienstausbübung beeinträchtigen können (sog. Kopftuchverbot; 2.).
- 11 1. Die Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig, weil die Klägerin das erforderliche Interesse an der begehrten Feststellung der Rechtswidrigkeit der ihr gegenüber ergangenen Auflage hat.
- 12 Nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO spricht das Gericht dann, wenn sich ein angefochtener Verwaltungsakt durch Zurücknahme oder anders erledigt hat, auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, sofern der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat.
- 13 Ein solches Interesse kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein und sich insbesondere aus den Gesichtspunkten der konkreten Wiederholungsgefahr, der Rehabilitierung, der schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigung sowie der Präjudizwirkung für einen beabsichtigten Schadensersatzanspruch ergeben. Die gerichtliche Feststellung muss geeignet sein, die betroffene Position des Klägers zu verbessern (BVerwG, Urteil vom 17. November 2016 - 2 C 27.15 - BVerwGE 156, 272 Rn. 13 m.w.N.).
- 14 Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist ein berechtigtes Feststellungsinteresse jedenfalls wegen eines schwerwiegenden Eingriffs in die Religionsfreiheit der Klägerin nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gegeben.

- 15 Bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen ist im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu bejahen, wenn andernfalls kein wirksamer Rechtsschutz gegen solche Eingriffe zu erlangen wäre. Davon ist nur bei Maßnahmen auszugehen, die sich typischerweise so kurzfristig erledigen, dass sie ohne die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses regelmäßig keiner Überprüfung im gerichtlichen Hauptsacheverfahren zugeführt werden könnten. Maßgebend ist dabei, ob die kurzfristige, eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ausschließende Erledigung sich aus der Eigenart des Verwaltungsakts selbst ergibt (BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 Rn. 32 unter Hinweis auf BVerfG, Beschlüsse vom 5. Dezember 2001 - 2 BvR 527/99 u.a. - BVerfGE 104, 220 <232 f.> und vom 3. März 2004 - 1 BvR 461/03 - BVerfGE 110, 77 <86> m.w.N).
- 16 Danach steht der Klägerin das erforderliche Interesse für die begehrte Feststellung zu.
- 17 Das erforderliche Feststellungsinteresse fehlt nicht deshalb, weil der Beklagte die Auflage selbst aufgehoben hat. Der Beklagte hat seinen Bekundungen nach die streitbefangene Auflage nicht wegen einer veränderten Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit, sondern wegen ihrer Entbehrlichkeit in den weiteren Ausbildungsstationen aufgehoben; er hält die Auflage unverändert für rechtmäßig.
- 18 Das streitgegenständliche Verbot greift, auch wenn es - wie hier - auf die Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten mit Außenwirkung bezogen und hierauf beschränkt ist, in das Grundrecht der Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, ein. Dieser Eingriff wiegt schwer, fordert er doch von der Adressatin ein Handeln unter Verstoß gegen ein von ihr für sich als verpflichtend verstandenes religiöses Gebot. Dies gilt unabhängig von der Anzahl der Fälle, in denen sich ein solches Verbot aktualisiert.
- 19 Die Aufhebung der Auflage durch den Beklagten - nach Beendigung der Strafrechtsstation und zugleich nach Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage - stellt keine untypische frühzeitige Erledigung dar, die der Bejahung eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses entgegensteht. Denn der Zeitraum, für den sich

die Auflage Geltung beimaß, war zu kurz, um verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz in der Hauptsache zu erlangen (vgl. zum ähnlich gelagerten Fall des Rechtsschutzbedürfnisses einer Verfassungsbeschwerde gegen ein erledigtes Kopftuch-Verbot: BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2020 - 2 BvR 1333/17 - BVerfGE 153, 1 Rn. 75).

- 20 Zwar war die Auflage ihrem Wortlaut nach nicht auf die Zivilrechts- und die Strafrechtsstation beschränkt, sondern erstreckte sich auf das gesamte Referendariat und erfasste Tätigkeiten in der Zivilrechts- und der Strafrechtsstation nur beispielhaft ("insbesondere"). Allerdings hatte sie außerhalb der Zivilrechts- und der Strafrechtsstation typischerweise keinen Anwendungsbereich. Im Fall der Klägerin beschränkte sich ihr Anwendungsbereich sogar nur auf die Zivilrechtsstation. Denn im Zulassungsbescheid für den Vorbereitungsdienst wurde die Klägerin für die Strafrechtsstation einem Gericht zugewiesen. § 10 GVG schließt aber für Strafsachen ausdrücklich aus, dass Referendare Verfahrensbeeteiligte anhören, Beweise erheben und die mündliche Verhandlung leiten. Es kann nicht angenommen werden, dass der hiernach verbleibende Zeitraum zur Erlangung verwaltungsgerichtlichen Hauptsacherechtsschutzes gegen die Auflage ausreichend war, zumal auch der Zeitraum für ein der Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage vorausgehendes Widerspruchsverfahren in die Betrachtung einzubeziehen ist. Dem steht nicht entgegen, dass im streitgegenständlichen Zeitraum der Geltungsdauer der Auflage im beklagten Freistaat die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens nicht zwingend, sondern nur fakultativ vorgesehen war. Denn wenn ein Bürger die Erhebung einer gerichtlichen Klage gegen eine ihn beschwerende Verwaltungsentscheidung möglicherweise durch die gesetzlich geregelte vorgerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Verwaltungsentscheidung vermeiden kann, muss er eine solche normativ vorgesehene Möglichkeit auch tatsächlich wahrnehmen können.
- 21 2. Die zulässige Klage ist auch begründet. Im maßgeblichen Zeitpunkt ihrer Geltung gab es im beklagten Freistaat Bayern keine gesetzliche Grundlage für die streitgegenständliche Kopftuchauflage.

- 22 a) Der Eingriff in die Religionsfreiheit durch das Verbot, ein Kopftuch zu tragen, bedarf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Das normative Spannungsverhältnis zwischen den Verfassungsgütern der positiven Religionsfreiheit der von dem Verbot betroffenen Rechtsreferendarin einerseits und dem Grundsatz der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates, dem Grundsatz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und möglichen Kollisionen mit der grundrechtlich geschützten negativen Religionsfreiheit Dritter andererseits unter Berücksichtigung des Toleranzgebots aufzulösen, obliegt dem demokratischen Gesetzgeber. Er - nicht die Exekutive - hat im öffentlichen Willensbildungsprozess einen für alle zumutbaren Kompromiss zu finden und dabei die einschlägigen Normen des Grundgesetzes zusammen zu betrachten, ihre Interpretation und ihren Wirkungsbereich aufeinander abzustimmen (BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2020 - 2 BvR 1333/17 - BVerfGE 153, 1 Leitsätze 2 und 7 sowie Rn. 101 m.w.N.)
- 23 b) Eine solche gesetzliche Grundlage fehlte hier zur Zeit des Erlasses der streitgegenständlichen Auflage (September 2014) wie des Widerspruchsbescheids (März 2015).
- 24 Die im Widerspruchsbescheid genannte Rechtsgrundlage - der Ausgangsbescheid benennt keine Rechtsgrundlage für die Auflage - des Art. 36 BayVwVfG i.V.m. § 46 Abs. 6 BayJAPO genügt ersichtlich nicht den dargestellten Anforderungen. Art. 36 BayVwVfG als allgemeine Norm des Verwaltungsverfahrensrechts, wonach u.a. ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, mit einer Nebenbestimmung (nur) versehen werden darf, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts sicherstellen soll, ist zwar ein Parlamentsgesetz, beinhaltet aber keine spezifische, die vorliegende Kollision der Verfassungsgüter erfassende und austarierende Regelung. § 46 Abs. 6 BayJAPO, wonach die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst versagt werden kann, wenn Tatsachen vorliegen, die den Bewerber als ungeeignet erscheinen lassen, ist keine parlamentsgesetzliche Norm und außerdem ebenfalls zu unspezifisch. Die vom Verwaltungsgericht des Weiteren noch erwogene entsprechende Anwendung des für Lehrkräfte im Unterricht geltenden Art. 59 Abs. 2 Satz 3 des Bayerischen Gesetzes über das Erzie-

hungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) für Referendare im juristischen Vorbereitungsdienst kommt ersichtlich nicht in Betracht. Schließlich stellen auch aus allgemeinen gesetzlichen Vorschriften folgenden Neutralitätspflichten für Richter keine taugliche Grundlage dar, die eine solche Auflage gegenüber einer Rechtsreferendarin rechtfertigen; sie erfassen Rechtsreferendarinnen nicht und sind zu unspezifisch.

25 Erst mit Art. 11 BayRiStAG in der Fassung vom 22. März 2018 (GVBl. S. 118 <122>) i.V.m. Art. 57 AGGVG in der Fassung vom 22. März 2018 (GVBl. S. 118 <143>, geändert durch § 2 Nr. 36 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (GVBl. S. 545 <548>), wonach neben u.a. Richterinnen und Richtern auch Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare in Verhandlungen sowie bei allen Amtshandlungen mit Außenkontakt keine sichtbaren religiös oder weltanschaulich geprägten Symbole oder Kleidungsstücke tragen dürfen, die Zweifel an ihrer Unabhängigkeit, Neutralität oder ausschließlichen Bindung an Recht und Gesetz hervorrufen können, ist die erforderliche gesetzliche und nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Januar 2020 - 2 BvR 1333/17 - (BVerfGE 153, 1) verfassungsgemäße Grundlage für den Erlass einer solchen Auflage auch gegenüber einer Rechtsreferendarin geschaffen worden.

26 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung

Dollinger

Hampel

## B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 5 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG).

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Hampel