Erster Beratungsgegenstand:

Religiöse Freiheit als Gefahr?

1. Bericht von Professor Dr. Ute Sacksofsky, Frankfurt/Main

Inhalt

		S
I.	Einführung	
II.	Religionsverfassung unter Bedingungen religiöser Vielfalt .	
	1. Freiheitsrechtlicher Gehalt der Religionsfreiheit	
	a) Schutzbereich	
	b) Beschränkbarkeit	
	2. Gleichheitsrechtlicher Gehalt der Religionsfreiheit	
	3. Konsequenzen für die kollektiven Gehalte	
	4. Fazit	
III.	Folgerungen für den Umgang mit Gefahren	
	1. Religiöser Fundamentalismus	
	2. Religiöse Vielfalt	
	a) Laizismus	
	b) Privilegierung des Christentums	
	c) Ausnahmen vom allgemeinen Gesetz	
	3. Unterdrückung durch Religion	
IV.	Fazit	

I. Einführung

Religiöse Freiheit als Gefahr – die Themenstellung steht im Kontrast zu dem über Jahrzehnte vorherrschenden positiven Bild von Religion in der juristischen Diskussion. Gefährlich für den freiheitlichen Staat schien nicht die Religion selbst, sondern ihre Abwesenheit. Der vielzitierte Satz von Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Der freiheitliche Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann", steht exemplarisch für dieses positive Bild von Religion.¹ Insgesamt hatten sich Kirchen und Staat in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts gut miteinander arrangiert. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts galt als kirchenfreundlich.² Chancenreiche Vorstöße zur Reform der Religionsverfassung gab es nicht, nicht einmal bei den Diskussionen um eine Verfassungsreform anlässlich der Deutschen Einheit spielte die Religionsverfassung eine nennenswerte Rolle.³

Seit den neunziger Jahren hat sich dieses Bild verändert. Mit der Säkularisierungsthese, die seit Max Webers Zeiten zu den "sichersten Beständen der Wissenschaftskultur" zählte,⁴ hätte man annehmen können, dass die "Entzauberung der Welt"⁵ mit zunehmender Modernisierung weiter voranschreitet. Doch die Säkularisierungsthese wird immer stärker in Frage gestellt.⁶ Man spricht von der "Wiederkehr der Göt-

¹ E.-W. Böckenförde Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders. Recht, Staat, Freiheit, 1991, 112 ff.

² Bezeichnend etwa die Aussagen von Staatskirchenrechtlern: "Die Kirchen sind nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts rechtlich gut situiert." (A. Hollerbach Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 106 (1981), 218 (278)) und: "Erstaunlich und bemerkenswert für das Verhältnis von Staat und Kirche ist das hohe Maß an Kontinuität und Konsens. (...) Es gilt dies aber auch für die Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungsgerichts." (A. v. Campenhausen Offene Fragen im Verhältnis von Staat und Kirche am Ende des 20. Jahrhunderts, in: H. Marré/D. Schümmelfeder/B. Kämper (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 34 (2000), 105 (105 f.)).

³ Der Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat vom 5. November 1993, BT-Drucks. 12/6000, 106ff. spricht von den "wenigen Befürwortern der Anträge mit grundsätzlicher Neuordnungstendenz" und stellt dem gegenüber, dass die "ganz überwiegende Mehrheit" diese nicht für angezeigt halte, "da sich das staatskirchenrechtliche System des Grundgesetzes bewährt habe".

⁴ K. Gabriel Religion als Stütze oder Gefährdung einer freien Gesellschaft, in: H. Dreier/E. Hilgendorf (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, 2008, 55 ff.

⁵ M. Weber Wissenschaft als Beruf (1919), abgedruckt in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1988, 582 (594).

⁶ Grundlegend: J. Casanova Public Religions in the Modern World, 1994. Aus neuerer Zeit: H. Joas/K. Wiegandt (Hrsg.) Säkularisierung und die Weltreligionen, 2007.

ter", oder proklamiert die Rückkehr des Religiösen zur neuen "Meistererzählung der Sozialwissenschaften". In Fortführung des früheren positiven Bildes von Religion hätte dies eigentlich Anlass zu Hoffnung geben müssen. Gegen die zunehmende Individualisierung und Ökonomisierung der Gesellschaft hätte Religion der Weg sein können, Gemeinschaftssinn zu vermitteln und Eigennutz zu bremsen. Doch stattdessen hat sich die Perspektive verschoben. Mit der Zunahme religiöser Vielfalt kommen die Gefahren durch Religion in den Blick. Die Religionsverfassung – oder jedenfalls ihre religionsfreundliche Auslegung – gerät zunehmend unter Rechtfertigungsdruck.

Als Hauptgefahrenquelle wird der Islam wahrgenommen: 12 Terroranschläge islamistischer Gruppen, die Missachtung grundlegender Menschenrechte muslimischer Frauen und Mädchen bei Zwangsehen oder Genitalverstümmelung, aber auch harmloser anmutende Konfliktfelder wie das Schächten, der Bau von Moscheen oder das Tragen eines Kopftuches beherrschen die Debatte um religiöse Freiheit. Für die wissenschaftliche Betrachtung ist es wichtig, nicht vorschnell das Schlagwort

⁷ So der Titel des Buches von F. Graf Die Wiederkehr der Götter, 2007.

⁸ D. Pollack Die Wiederkehr des Religiösen, Herder Korrespondenz spezial: Renaissance der Religion, 2006, 6ff., sich selbst davon aber kritisch distanzierend.

⁹ Die Veränderungen des Blicks auf das Verhältnis von Staat und Religion kommen in den Themenstellungen der Staatsrechtslehrertagungen sowohl zeitlich wie auch in den Formulierungen zum Ausdruck: 1952: Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts (Berichte von W. Weber und H. Peters), 1967: Die Kirchen unter dem Grundgesetz (Berichte von M. Heckel und A. Hollerbach), 1999: Staat und Religion (Berichte von W. Fiedler, G. Robbers, M. Brenner). Hier zeigen sich auch die Konjunkturschwankungen des Themas: zwei Mal innerhalb von 15 Jahren wird das Thema in den fünfziger und sechziger Jahren behandelt, dann ist über 30 Jahre Ruhe, dann wieder wird das Thema zwei Mal in weniger als einem Jahrzehnt erörtert.

¹⁰ Kritisch zu dieser Verschiebung des Blicks C. Walter, der seinen Begleitaufsatz zur diesjährigen Tagung der Vereinigung mit dem Zusatz "Eine Gegenrede" versieht: C. Walter Religiöse Freiheit als Gefahr? Eine Gegenrede, DVBI. 2008, 1073.

¹¹ So auch die Einschätzung von: *F. Schoch* Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft, FS Hollerbach, 2001, 149 (149); *H. M. Heinig* Ordnung der Freiheit – das Staatskirchenrecht vor neuen Herausforderungen, ZevKR 53 (2008), 235 (237f.); *C. Waldhoff* Die Zukunft des Staatskirchenrechts, in: H. Marré/D. Schümmelfeder/B. Kämper (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 42 (2008), 55 (68). Zu verschiedenen Ansätzen, die Reichweite der Religionsfreiheit zu beschränken s. unten bei Fn. 46, 47, 61.

¹² Siehe etwa: *H. Bielefeldt* Das Islambild in Deutschland. Zum öffentlichen Umgang mit der Angst vor dem Islam, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2. Aufl. April 2008, http://files.institut-fuer-menschenrechte.de/437/Das_Islambild_in_Deutschland_es.pdf (letzter Zugriff 20. 09. 2008).

vom "Kampf der Kulturen"¹³ zu übernehmen und das Verfassungsrecht in den Dienst der Abwehr der "fremden Kultur des Islam" zu stellen, sondern Vorsicht gegenüber pauschalen Zuschreibungen walten zu lassen; beispielsweise beruhen Zwangsehen und Genitalverstümmelung nicht auf religiösen Gründen, sondern stellen Probleme bestimmter sozialer Milieus dar.¹⁴ Die großen Weltreligionen bestehen aus einer Vielzahl unterschiedlicher Strömungen; dies gilt auch für den Islam. Die Feinderklärung des Islam scheint denn auch eher der Suche nach einem neuen Feindbild nach dem Ende des Kalten Krieges geschuldet,¹⁵ als dass sie einer kritischen Analyse standhielte.

Die Frage nach dem Umgang mit den Gefahren von Religion lässt sich nicht beantworten, ohne grundsätzlich zu klären, welchen Raum Religion im freiheitlichen Staat einnehmen soll. Die Antwort auf diese Frage wird vermutlich unterschiedlich ausfallen, je nachdem, wer sie beantwortet und welche Religion er bei der Antwort vor Augen hat. Abhängig vom jeweiligen Standpunkt dürften verschiedene Religionen sich in sehr unterschiedlichem Maße als gemeinwohlverträglich darstellen. Zu untersuchen ist aber, inwieweit der freiheitliche Staat die Gemeinwohlverträglichkeit einer Religion beurteilen und berücksichtigen darf, oder ob er das Verhältnis zur Religion ohne Ansehen der einzelnen Glaubensrichtung bestimmen muss.

Der Vortrag wird sich diesem Problem in zwei Schritten widmen. Zunächst geht es um das Verständnis der Religionsverfassung unter Bedingungen religiöser Vielfalt, sodann werden die Konsequenzen des dabei entwickelten Verständnisses im Hinblick auf den Umgang mit religionsbedingten Gefahren überprüft.

II. Religionsverfassung unter Bedingungen religiöser Vielfalt

Die europäische Geschichte war jahrhundertelang durch die Auseinandersetzung zwischen weltlicher und geistlicher Macht geprägt. Bis ins 20. Jahrhundert hinein kämpften Kirche und Staat um Einfluss-

¹³ S. P. Huntington Kampf der Kulturen, 2007. Im Original hat der Titel eine etwas andere Nuance: "The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order" (1996).

¹⁴ Vgl. hierzu insbesondere folgende Aufsätze in B. Sauer/S. Strasser (Hrsg.) Zwangsfreiheiten, 2008: S. Saharso Gibt es einen multikulturellen Feminismus, 11 ff.; S. Strasser Ist doch die Kultur an allem schuld, 63 ff.; C. Milborn Weibliche Genitalverstümmelungen in Europa, 114 ff.; G. Ongan Zuschreiben oder ernsthaftes Bekämpfen, Zwangsverheiratung, 157 ff.

¹⁵ H. Bielefeldt Islamischer Fundamentalismus als Herausforderung, in: ,liberal⁴. Vierteljahreshefte für Politik und Kultur, 1991, 35 ff.

sphären.¹⁶ Es entspricht dieser Geschichte, wenn die Perspektive auf die Religionsverfassung herkömmlich institutionell geprägt war;¹⁷ der Begriff "Staatskirchenrecht" kennzeichnete damals treffend¹⁸ den Gegenstand.¹⁹ Die Kirchen waren zentrale Akteure des Gemeinwesens und prägten das Leben des ganz überwiegenden Teils der Bevölkerung. Noch in den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts waren über 95 % der Bevölkerung Mitglied in einer der beiden großen Kirchen.²⁰ Die Staatsrechtslehre der fünfziger und sechziger Jahre leistete ihren Beitrag zur Aufwertung der Rolle der Kirchen, indem sie beispielsweise mit der Koordinationslehre die Vorstellung der Gleichrangigkeit von Staat und Kirche wiederbelebte.²¹ In die Naturrechtsrenaissance nach dem

¹⁶ Für kürzere geschichtliche Einführungen instruktiv: B. Jean d'Heur/S. Korioth Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 5 ff.; A. v. Campenhausen/H. de Wall Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, 1 ff.; J. Winter Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2001, 13 ff.; M. Heckel Zur Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts von der Reformation bis zur Schwelle der Weimarer Verfassung, ZevKR 12 (1966/67), 1 ff.; D. Pirson Die geschichtlichen Wurzeln des deutschen Staatskirchenrechts, in: J. Listl/D. Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts I, 2. Aufl. 1994, 3 ff.; umfassend: E. R. Huber/W. Huber Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert, Bände I–V, 1973–1995; R. Zippelius Staat und Kirche. Eine Geschichte von der Antike bis zur Gegenwart, 1997.

¹⁷ S. etwa A. v. Campenhausen Religionsfreiheit, HStR VI, 2. Aufl. 2001, § 136 Rn. 2; A. Hollerbach Grundlagen des Staatskirchenrechts, HStR VI, 2. Aufl. 2001, § 138 Rn. 2.

¹⁸ Zu Recht weisen Jean d'Heur/Korioth Grundzüge (Fn. 16), Rn. 1 darauf hin, dass der Begriff Kirchenstaatsrecht passender wäre, um die Souveränität des Staates in der Gestaltung deutlicher statt eine Gleichordnung von Staat und Kirche zum Ausdruck zu bringen.

¹⁹ Heute ist demgegenüber der Begriff Religionsverfassungsrecht angebracht: dazu aus jüngster Zeit insbesondere *H. M. Heinig/C. Walter* (Hrsg.) Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht, 2007.

²⁰ Statistisches Bundesamt: Fachserie A/Bevölkerung und Kultur/Volks- und Berufszählung vom 06. Juni 1961, Heft 5, Bevölkerung nach der Religionszugehörigkeit, 1966. 21.

²¹ Auch in der Rechtsprechung wurde diese teilweise akzeptiert: BGHZ 34, 372 (373 f.). Einen Überblick über die verschiedenen Ausprägungen der Koordinationslehre bietet M. Kleine Institutionalisierte Verfassungswidrigkeiten im Verhältnis von Staat und Kirchen unter dem Grundgesetz, 1993, 59 ff. Zur zeitgenössischen Auseinandersetzung siehe etwa: H. Quaritsch Verfassungs- und staatstheoretische Probleme der staatskirchenrechtlichen Lehre der Gegenwart, Der Staat 1 (1962), 175 ff.; ders. Neues und Altes über das Verhältnis von Kirchen und Staat, Der Staat 5 (1966), 451 ff.; U. Scheuner Kirche und Staat in der neueren Entwicklung, ZevKR 7 (1959/1960), 225 ff.; R. Smend Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, ZevKR 1 (1951), 3 ff.; K. Hesse Schematische Parität der Religionsgemeinschaften nach dem Bonner Grundgesetz?, ZevKR 3 (1953/54), 188 (191); H. Peters Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, VVDstRL 11 (1954), 177 (181 ff.); P. Mikat Das kirchenpolitische System, in: H. Quaritsch/H. Weber (Hrsg.), Staat und Kirchen in der Bundesrepublik, 1967, 199 (insb.

Ende des NS-Regimes passte die "neue Nähe"²² von Staat und Kirche gut.²³

Mit vier Schlagworten lässt sich die Veränderung kennzeichnen: Individualisierung, Pluralisierung, Globalisierung und – für Deutschland noch²⁴ – Säkularisierung.²⁵ In Zahlen ausgedrückt: Den beiden großen christlichen Kirchen gehören nur noch etwa 60 % der Bevölkerung an,²⁶ gleichzeitig bestimmen diese beiden Kirchen das Leben ihrer Gläubigen wie auch das öffentliche Leben in deutlich geringerem Maße als früher.²⁷ Etwa ein Drittel der Bevölkerung ist konfessionsfrei, unter den 6 %, die anderen Religionen angehören, stellen die Muslime mit über 3 Millionen Gläubigen die größte Gruppe.²⁸

Die Religionsverfassung wurde vor dem Hintergrund einer sehr dominanten Stellung der christlichen Kirchen geschaffen.²⁹ In diesem Sinne kann man die Vorstellungswelt der Väter und Mütter des Grundgesetzes als Verfassungsvoraussetzung³⁰ bezeichnen, fraglich sind die Folgen ihrer Erosion.

^{218);} R. Zippelius Kirche und Staat und die Einheit der Staatsgewalt, ZevKR 9 (1962/63), 42 ff.

²² Smend Staat und Kirche (Fn. 21), 9f.

²³ Jean d'Heur/Korioth Grundzüge (Fn. 16), Rn. 44.

²⁴ J. Casanova Die religiöse Lage in Europa, in: H. Joas/K. Wiegandt (Hrsg.), Säkularisierung und die Weltreligionen, 2007, 322 ff.

²⁵ V. Krech Religionssoziologie, 1999, 61 ff. mwN; vgl. auch D. Pollack Religiöser Wandel in modernen Gesellschaften: Religionssoziologische Erklärungen, in: R. Faber/F. Hager (Hrsg.), Rückkehr der Religion oder säkulare Kultur?, 2008, 166 ff. Überblick über religionssoziologische Ansätze zum Verhältnis von Religion und Gesellschaft: K. Gabriel/H.-R. Reuter (Hrsg.) Religion und Gesellschaft, 2004.

²⁶ Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2007, 66.

²⁷ Anschauliche Beschreibung bei *H. Maier* Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, in: Listl/Pirson (Fn. 16), 97: "Das Religiöse füllte nicht mehr das ganze Dasein aus, sondern stand in Konkurrenz zu anderen Lebensmächten (Arbeit, Sport, Kunst, Politik)".

²⁸ Religionswissenschaftlicher Medien- und Informationsdienst (2005): http://www.remid.de/info_zahlen_grafik.html (letzter Zugriff 30. 09. 2008)

²⁹ Im Text der Verfassung findet die besondere Rolle der christlichen Kirchen hingegen nicht explizit ihren Niederschlag. Als indirekte Bezugnahme könnte man aber den Schutz des Sonntags in Art. 139 WRV ansehen sowie die Zuerkennung des Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts an diejenigen Religionsgesellschaften, die bisher solche waren (Art. 137 Abs. 5 Satz 1 WRV).

³⁰ Den Begriff der Verfassungsvoraussetzung prägend: *H. Krüger* Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, FS Scheuner, 1973, 285 ff.

1. Freiheitsrechtlicher Gehalt der Religionsfreiheit

Rechtsnormen können Verhaltensanforderungen stellen, die religiösen Geboten widersprechen. Unter Bedingungen religiöser Vielfalt steigt das Bedürfnis nach Ausnahmeregelungen. Die Konflikte, die in Deutschland in Literatur und Rechtsprechung ganz im Vordergrund stehen, entstammen zumeist aus Konflikten mit dem Islam: Schächten,³¹ Kopftuch,³² Befreiung vom koedukativen Sportunter-

³¹ Die restriktive Handhabung der Verwaltungsgerichte (BVerwGE 99, 1; VGH Kassel, NVwZ 2000, 951; BVerwGE 112, 227) wurde durch das Bundesverfassungsgericht korrigiert: BVerfGE 104, 337. Dennoch versagen Verwaltungsgerichte auch weiterhin vereinzelt Schächtgenehmigungen: VG Stuttgart, VBlBW 2003, 331; VG Frankfurt a.M., KirchE 43, 75. Demgegenüber hat der Verwaltungsgerichtshof Kassel in Fortsetzung und Neuaufnahme des Urteils des Bundesverfassungsgerichts die Erteilung der Genehmigung trotz der Aufnahme des Tierschutzgebotes in Art. 20a GG für rechtmäßig erachtet: VGH Kassel, ESVGH 55, 129; bestätigt durch BVerwGE 127, 183. Aus der Literatur: T. Cirsovius Überdimensionaler Grundrechtsschutz zugunsten des islamischen Fundamentalismus, NuR 2008, 237 ff.; A. Dietz Das Schächten im Spannungsfeld zwischen Religionsfreiheit und Tierschutz, DÖV 2007, 489 ff.; C. Traulsen Zum verfassungsrechtlichen Rahmen für einfach-gesetzliche Regelungen über das Schächten, NuR 2007, 800ff.; H. G. Kluge Das Schächten als Testfall des Staatszieles Umweltschutz, NVwZ 2006, 650ff.; N. Arndt/M. Droege Das Schächturteil des BVerfG - Ein "dritter Weg" im Umgang mit der Religionsausübungsfreiheit, ZevKR 48 (2003), 188ff.; G. Sydow Ausnahmegenehmigung für das Schächten, Jura 2002, 615 ff.; J. Oebbecke Islamisches Schlachten und Tierschutz, NVwZ 2002, 302f.

³² Bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 2003 (BVerfGE 108, 282) hatten die Verwaltungsgerichte aufgrund allgemeiner beamtenrechtlicher Vorschriften entschieden. Das Kopftuchtragen sahen als Dienstpflichtverletzung an: VG Stuttgart, NVwZ 2000, 959, bestätigt durch VGH Mannheim, NJW 2001, 2899 und BVerwGE 116, 359; aA: VG Lüneburg, NJW 2001, 69; bestätigt durch OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2002, 658. Zur Rechtslage nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts s. unten Abschnitt III 2. b.) mit Fn. 129, 131-134. Aus der umfangreichen Literatur: C. Walter/A. von Ungern-Sternberg Landesrechtliche Kopftuchverbote für Lehrerinnen auf dem Prüfstand des Antidiskriminierungsrechts, DVBl. 2008, 880ff.; dies. Verfassungswidrigkeit des nordrhein-westfälischen Kopftuchverbots, DÖV 2008, 488 ff.; H. Wißmann Religiöse Symbole im öffentlichen Dienst, ZevKR 52 (2007), 51 ff.; J. Bader Gleichbehandlung von Kopftuch und Nonnenhabit?, NVwZ 2006, 1333 ff.; ders. Cuius regio, eius religio - Wessen Land, dessen Religion, NJW 2004, 3092 ff.; ders. Darf eine muslimische Lehrerin in der Schule ein Kopftuch tragen?, VBlBW 1998, 361 ff.; E. G. Mahrenholz Kultur und Religion, FS Wernstedt, 2005, 41 ff.; S. Baer/ M. Wrase Staatliche Neutralität und Toleranz in der christlich-abendländischen Wertewelt, DÖV 2005, 243 ff.; dies. Staatliche Neutralität und Toleranz: Das Kopftuch-Urteil des BVerfG, JuS 2003, 1162 ff.; J. Krüper Die grundrechtlichen Grenzen staatlicher Neutralität, JöR 53 (2005), 79 ff.; E.-W. Böckenförde Zum Verbot für Lehrkräfte in der Schule, ein islamisches Kopftuch zu tragen, JZ 2004, 1181 ff.; ders. Kopftuchstreit auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, 723 ff.; R. Pofalla Kopftuch ja - Kruzifix nein?, NJW 2004, 1218 ff.; C. Langenfeld Die Diskussion um das Kopftuch verkürzt das Problem der

richt³³ und von Klassenfahrten³⁴. Doch sind die Problemfälle darauf nicht beschränkt: Home-Schooling³⁵ wird überwiegend von Christen beansprucht, auch Christen wollen ihre Kinder nicht an Klassenfahrten teilnehmen lassen³⁶, Zeugen Jehovas verweigern Wehr- und Zivildienst³⁷ und lehnen Bluttransfusionen auch bei unmittelbarer Lebensge-

Integration, RdJB 2004, 4ff.; C. Gusy Kopftuch - Laizismus - Neutralität, KritV 2004, 153 ff.; U. Sacksofsky Die Kopftuch-Entscheidung - von der religiösen zur föderalen Vielfalt, NJW 2003, 3297 ff.; G. Neureither Ein neutrales Gesetz in einem neutralen Staat, ZRP 2003, 465ff.; K. Engelken Religiös motiviertes Kopftuch einer Lehrerin, DVBl. 2003, 1539ff.; G. Britz Das verfassungsrechtliche Dilemma doppelter Fremdheit: Islamische Bekleidungsvorschriften für Frauen und Grundgesetz, KJ 2003, 95 ff.; S. Huster Warum die Lehrerin (k)ein Kopftuch tragen darf, FS Tsatsos, 2003, 215 ff.; H. M. Heinig/M. Morlok Von Schafen und Kopftüchern, JZ 2003, 777 ff.; M. Bertrams Lehrerin mit Kopftuch? - Islamismus und Menschenbild des Grundgesetzes, DVBl. 2003, 1225 ff.; S. Muckel Gleicher Zugang zu jedem öffentlichem Amte - auch für muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch?, FS Link, 2003, 331 ff.; A. Debus Machen Kleider wirklich Leute? - Warum der Kopftuch-Streit so spannend ist, NVwZ 2001, 1355ff.; dies. Der Kopftuchstreit in Baden-Württemberg, KJ 1999, 430ff.; H. Goerlich Distanz und Neutralität im Lehrberuf - zum Kopftuch und anderen religiösen Symbolen, NJW 1999, 2929 ff.; K.-H. Kästner Religiös akzentuierte Kleidung des Lehrpersonals staatlicher Schulen, FS Heckel, 1999, S. 359ff.

³³ Einen Anspruch auf Befreiung bejahend: OVG Lüneburg, NVwZ 1992, 79; OVG Bremen, KirchE 30, 139; BVerwGE 94, 82. In der neueren Rechtsprechung ist eine gewisse Tendenz zur Zurückweisung religiös begründeter Ansprüche auf Befreiung vom Sportunterricht erkennbar: VG Hamburg, NVwZ-RR 2006, 121; VG Düsseldorf, NWVB1. 2006, 68.

³⁴ Einen Anspruch auf Befreiung 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. Aus der Literatur: *S. Rixen* Krankheit oder Glaubensfreiheit?, NJW 2003, 1712 ff.

³⁵ VGH München, NVwZ 1992, 343; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2003, 561 (bestätigt durch BVerfG (K), NVwZ 2003, 1113); VG Braunschweig, KirchE 44, 411; OVG Hamburg, NVwZ-RR 2005, 183; BVerfG (K), ZevKR 52 (2007), 100; OVG Bremen, NordÖR 2007, 426; VGH München, NVwZ-RR 2007, 763. Aus der Literatur: *C. Tangermann* "Home-Schooling" aus Glaubens- und Gewissensgründen, ZevKR 51 (2006), 393 ff.; *J. P. Thurn/F. Reimer* Homeschooling als Option?, NVwZ 2008, 718 ff.

³⁶ Ablehnend: VG Minden, KirchE 43, 298. Auch mit dem Antrag auf Befreiung vom Schwimmunterricht waren christliche Eltern nicht erfolgreich: VGH München, KirchE 30, 189 (bestätigt von BVerwGE, NVwZ 1994, 234). Die Klägerin in diesem Verfahren hatte geltend gemacht, dass die Teilnahme am Sportunterricht im Badeanzug nicht ihrer biblischen Vorstellung von Schamhaftigkeit und Sittsamkeit entspreche.

³⁷ BVerfGE 19, 135; 23, 127; 78, 391; BVerwG, NVwZ 1985, 114; BVerwG, JZ 1985, 348; BVerwG, NVwZ 1987, 697; BVerwG, KirchE 27, 277; BVerwG, NVwZ 1994, 174; BVerwG, NVwZ 1995, 496.

fahr ab.³⁸ Aus den USA sind Konflikte etwa im Hinblick auf das Peyote-Rauchen indianischer Religionen³⁹ oder Tieropfer der Santeria-Sekte⁴⁰ bekannt.⁴¹ In England wird um die Helmpflicht von Sikhs gestritten.⁴²

a) Schutzbereich

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als einheitliches Grundrecht verstanden und extensiv⁴³ ausgelegt.⁴⁴ 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".⁴⁵ Immer häufiger wird in der Literatur Kritik an diesem weiten Schutzbereichs-

³⁸ BayObLG, NJW 1976, 2017; OLG Stuttgart, FamRZ 1995, 1290; OLG München, NJW-RR 2002, 811.

³⁹ Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

⁴⁰ Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, 508 U.S. 520 (1993).

⁴¹ Einen aktuellen Überblick sowie intensive Diskussion der Einzelfälle bietet: K. Greenawalt Religion and the Constitution. Free Exercise and Fairness, Bd. I, 2006.

⁴² Während für Sikhs im Bereich des Straßenverkehrsgesetzes mit dem Motor-Cycle Helmets (Religious Exemption) Act (1976) eine Ausnahme von der Helmpflicht zugelassen wurde, setzt der Employment Act 1989 für eine Ausnahme von der Helmpflicht auf Baustellen darüber hinaus eine rassistische Diskriminierung voraus. Eine solche Diskriminierung lehnte das "Industrial Tribunal" im Fall S.S. Dhanjal v. British Steel General Steels vom 16. 12. 1993 ab und hielt eine Kündigung für rechtmäßig, die wegen der Weigerung eines orthodoxen Sikhs einen Helm zu tragen ausgesprochen wurde. Die Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003 erneuerten und konkretisierten die Ausnahmeregelung von 1989. Eine Ausnahme für Reiter enthalten die Horses (Protective Headgear for Young Riders) Regulations 1992, reg. 3(1) and 3(2). Auch das britische Militär gewährt den Sikhs das Tragen des Turbans anstatt von Helmen und anderen Kopfbedeckungen (Equal Opportunity Policy Document, 1997, http://www. army.mod.uk/cgibin/netoutcome.exe?redeye_url=/army/recruit/equal/main.htm; vgl. hierzu ausführlich: European Parliament, Personal Protective Equipment at work, Working document for the STOA Panel, PE-Nr. PE 168.188/Fin.St./rev, 1999, 14ff. http://www.europarl.europa.eu/stoa/publications/studies/19992001 en.pdf (letzter Zugriff 30. 09. 2008).

⁴³ Ausdrücklich eine extensive Auslegung verlangend: BVerfGE 24, 236 (246).

⁴⁴ St. Rspr. seit BVerfGE 24, 236 (245 f.); 32, 98 (106); 33, 23 (28); 41, 29 (49); 93, 1 (15); 108, 282 (297).

⁴⁵ BVerfGE 32, 98 (106); 108, 282 (297). Erläuternd fügt das Gericht hinzu: "Dies betrifft nicht nur imperative Glaubenssätze, sondern auch solche religiösen Überzeugungen, die ein Verhalten als das zur Bewältigung einer Lebenslage richtige bestimmen" (BVerfGE 108, 282 (297) mit Verweis auf ähnliche Formulierungen in älteren Entscheidungen).

verständnis des Bundesverfassungsgerichts geübt. ⁴⁶ Es wird eine stärkere Differenzierung der einzelnen Gehalte des Art. ⁴ GG gefordert, wie sie durch die Unterscheidung der Glaubens-, Bekenntnis- und Kultusfreiheit im Text nahegelegt wird. Insbesondere soll nur die Kultus- und Bekenntnisfreiheit im engeren Sinne von Art. ⁴ GG geschützt sein, sonstiges religiös motiviertes Verhalten soll anderen Grundrechten unterfallen. ⁴⁷

Versuche einer differenzierteren Schutzbereichsbestimmung enthalten wegen ihres engen Bezuges zu Wortlaut und Systematik auf den ersten Blick einen hohen Grad an Plausibilität und bieten Gelegenheit, juristischen Scharfsinn zu entwickeln. Doch die damit verbundene angestrebte Einschränkung des Schutzbereichs ist abzulehnen. Sie wird dem Schutzversprechen der Religionsfreiheit nicht gerecht. Die Religionsfreiheit gehört unverzichtbar zum Kanon der Menschenrechtskataloge⁴⁹, weil Religion so zentral für die moralische Identität des Menschen ist. Die Religionsfreiheit soll den Einzelnen in möglichst großem Umfang davor schützen, von der staatlichen Rechtsordnung dazu gezwungen zu werden, gegen die eigenen religiösen Überzeugungen verstoßen zu müssen. Religion als Sinnsystem für die Führung eines guten Lebens beschränkt sich nicht auf Kultushandlungen, sondern

⁴⁶ Schoch Grundrechtsdogmatik (Fn. 11), 159; J. Hellermann Multikulturalität und Grundrechte – am Beispiel der Religionsfreiheit, in: C. Grabenwarter/S. Hammer/A. Pelzl /E. Schulev-Steindl/E. Wiederin (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 129 (137 f.); S. Muckel Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, 125 ff.; D. Ehlers Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, ZevKR 44 (1999), 533 (535 ff.); S. Huster Die ethische Neutralität des Staates, 2002, 376 ff.

⁴⁷ Schoch Grundrechtsdogmatik (Fn. 11), 159; Hellermann Multikulturalität und Grundrechte (Fn. 46), 137 f.; K. Misera-Lang Dogmatische Grundlagen der Einschränkbarkeit vorbehaltloser Grundrechte, 1999, 270; K.-H. Kästner Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit?, JZ 1998, 974 (981).

⁴⁸ M. Morlok in: H. Dreier (Hrsg.) GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 4 Rn. 54 spricht von "Klügelei".

⁴⁹ Vgl. Morlok (Fn. 48), Art. 4 Rn. 21; U. Mager in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.) GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 4 Rn. 1; J. Kokott in: M. Sachs (Hrsg.) GG, 4. Aufl. 2007, Art. 4 Rn. 3; U. K. Preuβ in: AK-GG I, 2001, Art. 4 Rn. 1.

⁵⁰ Vgl. Morlok (Fn. 48), Art. 4 Rn. 41.

⁵¹ Parallel die Argumentation zur Gewissensfreiheit bei *E.-W. Böckenförde* Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), 33 (55).

⁵² Mit dieser Formulierung ist keine vollständige Definition von Religion beabsichtigt. Das Bundesverfassungsgericht hat bisher auf eine umfassende Definition von Religion verzichtet. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 90, 112 (115)) definiert Religion wie folgt: "Unter Religion oder Weltanschauung ist eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie

verlangt vom Gläubigen, sein Leben an den Regeln der Religion auszurichten. Verweist man religiös motivierte Verhaltensweisen in den Schutzbereich anderer Grundrechte, wird das Besondere des religiös bestimmten Verhaltens aus der freiheitsrechtlichen Prüfung ausgeblendet – es sei denn, man holt es bei der Prüfung des anderen Grundrechts wieder herein; das Bundesverfassungsgericht hat dies in der Schächt-Entscheidung vorgemacht.⁵³ Ob dies aber ein Gewinn an dogmatischer Klarheit ist, ist zweifelhaft.⁵⁴

Ein weiterer Kritikpunkt im Rahmen der Schutzbereichsbestimmung setzt an einem weiten Religionsverständnis an, das dem Selbstverständnis des Grundrechtsträgers maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung des geschützten religiösen Verhaltens beimisst. 55 Doch führt daran kein Weg vorbei. Die Glaubensfreiheit gibt die Entscheidung über den Glauben in die Hände des Einzelnen; eine andere Möglichkeit gibt es nicht, ohne den eigentlichen Gehalt der Glaubensfreiheit aufzulösen. 56 Dabei ist vor allem zu beachten, dass gerade die großen Religionen, von denen wir gewöhnt sind, vereinfachend als "das Christentum" oder "der Islam" zu sprechen, 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. 57 Als übergriffig erscheinen daher die in der Kopftuchdebatte immer wieder zu findenden Bemühungen von Nicht-Muslimen,

zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens zu verstehen; dabei legt die Religion eine den Menschen überschreitende und umgreifende ("transzendente") Wirklichkeit zugrunde, während sich die Weltanschauung auf innerweltliche ("immanente") Bezüge beschränkt".

⁵³ BVerfGE 104, 337 (346). So führt das Gericht aus, dass der Schutz der Berufsfreiheit des Beschwerdeführers "durch den speziellen Freiheitsgehalt des Grundrechts der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verstärkt wird".

⁵⁴ Siehe die Kritik bei Arndt/Droege (Fn. 31), 196f.

⁵⁵ Muckel Religiöse Freiheit (Fn. 46), 61 ff.; R. Abel Die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung zu neueren Glaubensgemeinschaften, NJW 1997, 426 (427). Grundsätzlich skeptisch gegen die Relevanz des Selbstverständnisses: J. Isensee Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980, insbesondere 29 ff.

⁵⁶ Grundlegend zur Rolle des Selbstverständnisses: *M. Morlok* Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993; *A. Isak* Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften, 1994; die Bedeutung des Selbstverständnisses betonend auch: *E. Schmidt-Jortzig* Bedingungen der Religionsfreiheit im toleranzverpflichteten Staat, GS Eckert, 2008, 823 (824).

⁵⁷ Problematisch daher: BVerwGE 99, 1 (7); VGH Kassel, NVwZ 2000, 951, die im Gegenteil die "jeweilige subjektive – wenn auch als zwingend empfundene – religiöse Überzeugung der Mitglieder einer Religionsgemeinschaft" nicht für ausreichend erachten.

Kopftuchträgerinnen zu erklären, der Koran gebiete keine Verschleierung.⁵⁸ 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.⁵⁹

b) Beschränkbarkeit

Die Entscheidung, welches Ausmaß an Freiheit dem Bürger 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. 60 In der Literatur wird demgegenüber verstärkt dafür plädiert, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt heranzuziehen. 61 Gegen eine solche Heranziehung des Art. 136 Abs. 1

⁵⁸ Vgl. Redebeitrag der Initiative "Mein Kopftuch", in: F. Haug/K. Reimer (Hrsg.), Politik ums Kopftuch, 2005, 15. Problematisch etwa die Ausführungen von *O. Lepsius* Die Religionsfreiheit als Minderheitenrecht in Deutschland, Frankreich und USA, Leviathan 2006, 321 (331), insoweit sie nach einer institutionellen Bestätigung einer Kopftuchregel suchen.

⁵⁹ H. M. Heinig Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, 61: "Die äußerlichen Erscheinungen, also religiöse Organisation, Artikulation und Handlung müssen mit dem geltend gemachten Selbstverständnis korrelieren." Ähnlich: Morlok (Fn. 48), Art. 4 Rn. 55.

⁶⁰ BVerfGE 33, 23 (30 f.); 32, 98 (107 f.); 41, 29 (50 f.); 44, 59 (67); 52, 223 (246 f.); 93, 1 (21). Dieser Rechtsprechung stimmt ein beachtlicher Teil der Literatur zu: H. Maurer Die Schranken der Religionsfreiheit, ZevKR 49 (2004), 311 (330); Morlok (Fn. 48), Art. 4 Rn. 112; S. Korioth in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.) GG VI, Art. 140/Art. 136 WRV Rn. 54 (2003); M. Brenner Staat und Religion, VVDStRL 59 (2000), 264 (290 f.); C. Walter Religions- und Gewissensfreiheit, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 17 Rn. 117; H. Hofmann in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Hofmann/A. Hopfauf (Hrsg.) GG, 11. Aufl. 2008, Art. 4 Rn. 9; Heinig Religionsgesellschaften (Fn. 59), 132 ff.; Isak Das Selbstverständnis der Kirchen (Fn. 56), 255 ff.; Misera-Lang Dogmatische Grundlagen (Fn. 47), 46 ff.; Winter Staatskirchenrecht (Fn. 16), 73 ff.; K. D. Bayer Das Grundrecht der Religions- und Gewissensfreiheit, 1997, 66 ff.; N. Janz/S. Rademacher Islam und Religionsfreiheit, NVwZ 1999, 706 (709); S. Schmieder Der Schutz religiös-weltanschaulicher Vereinigungen – die Abschaffung des Religionsprivilegs, VBIBW 2002, 146 (147 f.); K. Fischer/T. Groß Die Schrankendogmatik der Religionsfreiheit, DÖV 2003, 932 (937).

⁶¹ So v. Campenhausen Religionsfreiheit (Fn. 17), Rn. 82; C. Starck in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.) GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 4 Rn. 87 ff.; M. Heckel Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, 379 (408 Fn. 102); Muckel Religiöse Freiheit (Fn. 46), 224 ff.; W. Bock Die Religionsfreiheit zwischen Skylla und Charybdis, AöR 123 (1998), 444 (469 ff.); Kästner Hypertrophie (Fn. 47), 981 f.; Schoch Grundrechtsdogmatik (Fn. 11), 163 ff.; M. Sachs Verfassungsrecht II, 2. Aufl. 2003, B 4 Rn. 18; Schmidt-

WRV spricht freilich der Wortlaut der Vorschrift, die als Diskriminierungsverbot formuliert ist, sowie der Umstand, dass der systematisch eher als Gesetzesvorbehalt zu interpretierende Art. 135 Satz 3 WRV, der die "allgemeinen Staatsgesetze" für von der Glaubensfreiheit unberührt erklärt, nicht ins Grundgesetz inkorporiert wurde.⁶²

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 werden. Ob dies freilich in der Praxis zu vom gegenwärtigen Zustand sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen würde, ist zu bezweifeln, denn auch der 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, 4 es bedarf bei beiden Typen von Grundrechten einer

Jortzig Bedingungen der Religionsfreiheit (Fn. 56), 828 ff.; Mager (Fn. 49), Art. 4 Rn. 48; C. Hillgruber Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport, JZ 1999, 538 (543); T. Anger Islam in der Schule, 2003, 141. In diesem Sinne auch: BVerwGE 112, 227, 231.

⁶² Als Alternative wird vorgeschlagen, Art. 136 Abs. 1 WRV als kollidierendes Verfassungsrecht zu verstehen. Da diese Vorschriften ein grundsätzliches Verbot enthielten, glaubensgeleitetes Verhalten besser als nicht glaubensgeleitetes Handeln zu behandeln, sei es im Ergebnis ausgeschlossen, Ausnahmen vom allgemeinen Gesetz aus religiösen Gründen zuzulassen (so H. D. Jarass in: H. D. Jarass/B. Pieroth (Hrsg.) GG, 9. Aufl. 2007, Art. 4 Rn. 28). Auf den ersten Blick hat diese Argumentation etwas Bestechendes, im Ergebnis kann sie jedoch aus zwei Gründen nicht überzeugen. Zum einen beruht die Schlagkraft des Arguments auf der Annahme einer Symmetrie von Diskriminierungsverboten. Eine solche Symmetrie ist aber bei besonderen Gleichheitsrechten trotz einer symmetrisch klingenden Formulierung keinesfalls selbstverständlich (ausführlich erörtert im Hinblick auf das Merkmal Geschlecht: U. Sacksofsky Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, 305 ff.). Zum anderen führt diese Argumentation nicht zwingend zur Einschränkbarkeit der Glaubensfreiheit durch allgemeine Gesetze; denn dem Verbot wäre auch genügt, wenn die (wegen Art. 4 GG erforderlichen) Ausnahmen vom allgemeinen Gesetz auf nicht-religiöse Sachverhalte erstreckt würden; s. dazu auch unten bei Fn. 144.

⁶³ Ähnlich F. Hase Freiheit ohne Grenzen?, FS Isensee, 2007, 549 (550 f.).

⁶⁴ Dazu zählen etwa: Schulwesen und staatlicher Erziehungsauftrag: BVerfGE 93,
1 (21); 52, 223 (246); Funktionsfähigkeit der militärischen Verteidigung: BVerfGE 28,
243 (261); 69, 1 (21); Staatssymbole: BVerfGE 81, 278 (293); finanzielle Sicherheit des Staates: BVerfGE 84, 239 (268); Berufsbeamtentum: BVerfGE 55, 274 (300 ff.);
Jugendschutz: BVerfGE 83, 130 (144); friedliches Zusammenleben: BVerfGE 47, 327 (382); Volksgesundheit: BVerfGE 85, 248 (260); 87, 363 (385); Krankenversorgung:

Regelung durch den Gesetzgeber⁶⁵ und eines gewissen Ausgleichs der widersprechenden Positionen. Vor allem die Kopftuch-Entscheidung hat mit der Vorstellung aufgeräumt, verfassungsunmittelbare Schranken seien zwingend und bleibend vorgegeben. Denn in dieser Entscheidung verlangte das Gericht nicht nur – formell – überhaupt ein Gesetz, sondern sprach explizit aus, dass dieses Gesetz in den verschiedenen Ländern zu unterschiedlichen Ergebnissen führen könne.⁶⁶

2. Gleichheitsrechtlicher Gehalt der Religionsfreiheit

Fraglich ist, ob die Gewährleistung von Religionsfreiheit zwingend den säkularisierten, religiös-weltanschaulich neutralen Staat voraussetzt. Der Charakter des säkularisierten Staates lässt sich dadurch beschreiben, dass in ihm die Religion beziehungsweise eine bestimmte Religion nicht mehr verbindliche Grundlage der staatlichen Ordnung ist. Der Staat als solcher hat und vertritt keine Religion.⁶⁷ Dies hat zur notwendigen Folge, dass alle Religionen gleich zu behandeln sind.

Hiergegen wird eingewandt, dass Freiheit nicht notwendigerweise gleiche Freiheit sein müsse.⁶⁸ Nach diesem Verständnis gewährt auch der religiös gebundene Staat Religionsfreiheit, wenn er anderen Religionen gegenüber Toleranz übt und ihnen einen gewissen Freiheitsraum zugesteht.⁶⁹

BVerfGE 68, 193 (220); Sicherstellung der Energieversorgung: BVerfGE 66, 248 (258); Einheitlichkeit des Wahlsystems: BVerfGE 59, 119 (124).

⁶⁵ BVerfGE 59, 231 (261 ff.); 90, 112 (122 f.); 107, 104 (120); vgl. auch *E.-W. Böckenförde* Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, 21; *H. Dreier* in: ders. (Hrsg.) GG I, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 141; *G. Lübbe-Wolff* Eingriffsabwehrrechte, 1988, 94 ff.

⁶⁶ BVerfGE 108, 282 (303).

⁶⁷ E.-W. Böckenförde Der säkularisierte Staat, 2007, 12.

⁶⁸ Huster Die ethische Neutralität (Fn. 46), 89.

⁶⁹ In der internationalen menschenrechtlichen Diskussion wird man derzeit ein solches eingeschränktes Verständnis der Religionsfreiheit wohl akzeptieren müssen, da dies offensichtlich der Praxis und damit dem Verständnis einer Vielzahl der an den Menschenrechtserklärungen beteiligten Staaten zugrundeliegt. Siehe dazu: General Comment des UN-Menschenrechtsausschusses Nr. 22 vom 30. Juli 1993: Das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 18 IPBPR); J. A. Frowein Gedanken-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit, 1990, 178; O. Kimminich Religionsfreiheit als Menschenrecht, 1990, 151. Dies gilt auch für die EMRK, daher ist der EGMR zu Recht in seiner Rechtsprechung zur Religionsfreiheit zurückhaltend: EGMR (Leyla Sahin/Türkei), NVwZ 2006, 1389 (1392); EGMR (Gorzelik u.a./Polen), Slg. 2004-I Nr. 67; EGMR (Murphy/Irland), Slg. 2003-IX Nr. 73; vgl. J. A. Frowein Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht, 2001, 73 (78f.); Walter Religions- und Gewissensfreiheit (Fn. 60), 392 ff.

Toleranz bedeutet lediglich Duldung.⁷⁰ Sie ist Parteinahme, denn religiös toleriert werden muss nur der, der dem falschen Glauben anhängt. Toleranz ist weniger als Gleichheit.⁷¹ Es gibt viele Staaten, auch in Europa, die gleichzeitig Staatskirchen haben und Religionsfreiheit garantieren.⁷²

Doch ist fraglich, ob diese staatskirchenrechtlichen Regime auf Dauer Bestand haben werden; eine Konvergenz der Systeme lässt sich bereits feststellen.⁷³ Im Freiheitsrecht der Religionsfreiheit ist der Kern einer Entwicklung zum religiös-weltanschaulich neutralen Staat angelegt.⁷⁴ Vollständige Religionsfreiheit kann es erst dann geben, wenn die Entscheidung über den wahren Glauben nicht mehr vom Staat, sondern vom Einzelnen getroffen wird, der Staat sich mithin enthält, den Glauben der Bürgerinnen und Bürger zu bewerten und keinen Einfluss darauf nimmt, welcher Religion sie anhängen. Es ist daher kein Zufall, dass sich der religiös-weltanschaulich neutrale Staat in einem Prozess der Säkularisierung⁷⁵ entwickelt hat.⁷⁶

⁷⁰ S. Huster Toleranz als politisches Problem in der pluralistischen Gesellschaft, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2005, 20 (21 f.). Zu einer umfassenden historischen Aufarbeitung: R. Forst Toleranz im Konflikt, 2003. Zum Toleranzbegriff im Recht vgl. auch: A. Debus Das Verfassungsprinzip der Toleranz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1999; C. Enders Toleranz als Rechtsprinzip? - Überlegungen zu den verfassungsrechtlichen Maßgaben anhand höchstrichterlicher Entscheidungen, in: C. Enders/M. Kahlo (Hrsg.), Toleranz als Ordnungsprinzip?, 2007, 243 ff.; U. Eisenhardt Der Begriff der Toleranz im öffentlichen Recht, JZ 1968, 214 ff.; D. Grimm Wie viel Toleranz verträgt das Grundgesetz?, in: ders. Die Verfassung der Politik, 2001, 118 ff.; K.-H. Ladeur/I. Augsberg Toleranz-Religion-Recht, 2007; G. Püttner Toleranz als Verfassungsprinzip, 1977; M. Ronellenfitsch Aktive Toleranz in der streitbaren Demokratie, FS Heckel (Fn. 32), 427 ff.; B. Rudolf Religionsfreiheit zwischen Diskriminierungsverbot und Toleranzgebot, in: M. Mahlmann/H. Rottleuthner (Hrsg.), Ein neuer Kampf der Religionen?, 2006, 209 (218 ff.); im Hinblick auf die Grenzen der Toleranz in einer pluralen Gesellschaft: U. Volkmann Grund und Grenzen der Toleranz, Der Staat 39 (2000), 325 ff.

⁷¹ Vgl. auch BVerfGE 12, 1 (3 f.); 32, 98 (106).

⁷² Staatskirchen gibt es beispielsweise in England (Church of England), in Dänemark (evangelisch-lutherische "Folkskirche"), in Griechenland (Griechisch-Orthodoxe Kirche). Die schwedische Staatskirche wurde 1999 abgeschafft. Die christliche Prägung stark betonend und Folgerungen für die europäische Ebene ziehend: *J. H. H. Weiler* Ein christliches Europa, 2004.

⁷³ G. Robbers Staat und Religion, VVDStRL 59 (2000), 231 (257); C. Starck Staat und Religion, JZ 2000, 1 (4f.).

⁷⁴ Weitergehend Morlok (Fn. 48), Art. 4 Rn. 46, 145 ff.

⁷⁵ Zur Unterscheidung von Säkularisation und Säkularisierung: *M. Droege* Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004, 156 ff.

⁷⁶ Grundlegend: *Böckenförde* Die Entwicklung des Staates (Fn. 1), 112; in gewissem Umfang kritisch dazu: *H. Dreier* Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat, JZ 2002, 1 (6ff.).

Im Ergebnis bleibt dieser Streit für die Rechtslage in Deutschland folgenlos; das Grundgesetz hat mit den expliziten Diskriminierungsverboten der Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Art. 33 Abs. 3 und Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 und 2 WRV sowie dem Verbot der Staatskirche in Art. 137 Abs. 1 WRV das Neutralitätsprinzip unzweifelhaft normativ verankert. Zu klären ist freilich, was Gleichbehandlung der Religionen im Hinblick auf das Neutralitätsprinzip genau bedeutet.

In der Geschichte setzte sich die gleichheitsrechtliche Seite der Religionsfreiheit erst allmählich durch. Es dauerte lange bis Religionsfreiheit nicht auf die Anhänger bestimmter Religionen beschränkt, noch länger bis auf die Privilegien zugunsten bestimmter Religionen ganz verzichtet wurde. So war die Religionsfreiheit im Augsburger Religionsfrieden von 1555, der vielfach als erster Anfang der Religionsfreiheit genannt wird,⁷⁷ in zweifacher Weise beschränkt. Zum einen brachte der Augsburger Religionsfriede - in der Formulierung von Gerhard Anschütz - nicht Glaubensfreiheit, sondern "Glaubenszweiheit",78 zum anderen wurde das Wahlrecht nicht den Einzelnen, sondern nur den weltlichen Fürsten und den freien Städten zuerkannt: cuius regio, eius religio. Der Westfälische Friede 1648 dehnte die Anerkennung auf drei Konfessionen aus: Katholiken, Lutheraner und Reformierte, und erkannte den im jeweiligen Gebiet abweichenden Konfessionen erste Duldungsrechte zu, wenn sie im sogenannten Normaljahr 1624 bestanden hatten.⁷⁹ Auch die Aufklärung brachte nicht die volle Gleichheit, obwohl jetzt die Religionsfreiheit als Menschenrecht formuliert und die gleichheitsrechtliche Seite, sei es in Form von Diskriminierungsverboten, sei es ausdrücklich als Gleichheitsanspruch formuliert, mit aufgenommen wurde. John Locke wollte in seinem berühmten Brief über die Toleranz weder Katholiken noch Atheisten dulden,80 die Virginia Bill of Rights von 1776

⁷⁷ v. Campenhausen Religionsfreiheit (Fn. 17), Rn. 13; Morlok (Fn. 48), Art. 4 Rn. 3; Jean d'Heur/Korioth Grundzüge (Fn. 16), Rn. 15; Winter Staatskirchenrecht (Fn. 16), 17; Heckel Zur Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts (Fn. 16), 13.

⁷⁸ G. Anschütz Die Religionsfreiheit, in: G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.) HDStR II, 1932, 675 (676).

⁷⁹ Die dieser Regelung nicht unterfallenden Konfessionen wurden, wenn überhaupt, nur unter erheblichen Beschränkungen geduldet. Vgl. hierzu v. Campenhausen/de Wall Staatskirchenrecht (Fn. 16), 14; M. Borowski Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, 21.

⁸⁰ Freilich aus ganz unterschiedlichen Gründen: Bei den Katholiken war Lockes zentrales Argument die Unterwerfung unter einen anderen Fürst. J. Locke A Letter Concerning Toleration, 1963 (Hrsg. M. Montuori), 91: "That church can have no right to be tolerated by the magistrate which is constituted upon such a bottom that all those who enter into it do thereby ipso facto deliver themselves up to the protection and service of another prince. For by this means the magistrate would give way to the settling of a

sprach zwar allen Menschen das gleiche Recht auf Religionsfreiheit zu, verpflichtete sie aber gleichzeitig zur Befolgung explizit als christlich ausgewiesener Tugenden. ⁸¹ Das 1. Amendment der U.S. Verfassung verspricht zwar Religionsfreiheit und verbietet das "Establishment of Religion", was aber über Jahrhunderte nicht daran hinderte, christlichen Glauben zu privilegieren, ⁸² bis heute Dollar-Scheine mit dem Aufdruck "In God we trust" zu versehen und die Sitzung des U.S. Supreme Court mit den Worten eröffnen zu lassen "God save this honorable Court".

Die freiheitlichen Verfassungen in Deutschland haben ausnahmslos die Religionsfreiheit zusammen mit einer Gleichheit der Religionen normiert. Zwar war die Emanzipation der Juden in den Beratungen zur Paulskirchen-Verfassung noch ein umstrittenes Thema, man entschied sich aber für die Gleichheit.⁸³ Auch in Weimar⁸⁴ und später in der Bundesrepublik Deutschland wurde der religiös-weltanschaulich neutrale Staat – jedenfalls in den abstrakten Formulierungen – als Kerngehalt der Religionsverfassung angesehen. Von einer vollständigen Umsetzung der

foreign jurisdiction in his own country and suffer his own people to be listed, as it were, for soldiers against his own government". Den Atheisten sprach *J. Locke*, A Letter Concerning Toleration, 1963 (Hrsg. M. Montuori), 93, die Gesellschaftsfähigkeit ab: "those are not at all to be tolerated who deny the being of a God. Promises, covenants, and oaths, which are the bonds of human society, can have no hold upon an atheist".

⁸¹ Art. 16: That religion, or the duty which we owe to our CREATOR, and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence; and therefore all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is the mutual duty of all to practice Christian forbearance, love, and charity, towards each other.

⁸² Siehe: K. Greenawalt Religion and the Constitution. Establishment and Fairness, Bd. II, 2008; C. L. Eisgruber/L. G. Sager Religious freedom and the constitution, 2007; N. Feldman The Intellectual Origins of the Establishment Clause, New York University Law Review, 2002, 346ff.; L. W. Levy The Establishment Clause: Religion and the First Amendment, 1994; A. P. Stokes/L. Pfeffer Church and State in the United States, 1964; M. McConnell The origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion, Harvard Law Review, 1990, 1409 ff.

⁸³ J. G. Droysen (Hrsg.) Die Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses der deutschen Nationalversammlung 1. Teil, 1849, 8ff.; T. Mommsen Die Grundrechte des deutschen Volkes, 1849, 36f.; H. Fürstenau Das Grundrecht der Religionsfreiheit, 1891, 191 ff.; E. Ziehen Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849, 1926, 29 ff.

⁸⁴ Anschütz Die Religionsfreiheit (Fn. 78), 682; ders. Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, 622 f.; G. J. Ebbers in: H. C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichverfassung II, 1930, 363 f.; H. Nawiasky Die Grundgedanken der Reichverfassung, 1920, 142 f.; J. V. Bredt Der Geist der Deutschen Reichsverfassung, 1924, 276 ff.; O. Bühler Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, 2. Aufl. 1927, 117; A. v. Freytagh-Loringhoven Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit, 1924, 334 f.

Neutralität war die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den ersten Jahrzehnten indes noch entfernt. Es gab Betroffenen nur im Einzelfall das Recht, ohne Kreuz im Gerichtssaal verhandeln zu dürfen fen 6, billigte die christliche Gemeinschaftsschule 7 und erlaubte ein von der staatlichen Schulverwaltung angeregtes Schulgebet 8.

Inzwischen ist auch das Bundesverfassungsgericht bei der "strikten Gleichbehandlung"⁸⁹ der verschiedenen Glaubensrichtungen angelangt. Dies ist auch zwingend.⁹⁰ Behandelt der Staat eine bestimmte Religion als höherwertig gegenüber einer anderen, degradiert er die Angehörigen anderer Religionen zu Bürgern zweiter Klasse. Indem ihnen Anerkennung versagt wird, wird ihnen die volle Mitgliedschaft im Gemeinwesen vorenthalten.⁹¹ Wie die moderne Diskussion um "citizenship" aber zeigt,⁹² ist die Teilhabe aller als Freie und Gleiche Grundlage des freiheitlichen Staates.

⁸⁵ So sprach das Gericht 1965 nur davon, dass der Staat den verschiedenen Religionen und Weltanschauungen "grundsätzlich" neutral gegenüberstehe, BVerfGE 19, 1 (8). In der Lumpensammler-Entscheidung beschränkte das Bundesverfassungsgericht den Schutz des Art. 4 GG auf Religionsgemeinschaften, "soweit sie sich im Rahmen gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen der heutigen Kulturvölker hält", BVerfGE 24, 236 (245 f.).

⁸⁶ BVerfGE 35, 366 (373 ff.).

⁸⁷ BVerfGE 41, 29 (44ff.).

⁸⁸ BVerfGE 52, 223 (236).

⁸⁹ BVerfGE 108, 282 (298).

⁹⁰ Dass vielfach im Staatskirchenrecht der Grundsatz der Parität als besondere Form des Gleichbehandlungssatzes verwendet wird, hat wohl primär historische Gründe und hängt mit der Gleichbehandlung der großen christlichen Konfessionen seit dem Augsburger Religionsfrieden zusammen; ausführlich dazu M. Heckel Parität, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 80, Kanonistische Abteilung 49, 1963, 261 ff. Inhaltlich problematisch wird es dann, wenn zur Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung schon jeder sachliche Grund ausreichen soll. Nicht überzeugen kann etwa M. Heckel Gleichheit oder Privilegien?, 1993, 2, wenn er als Grundnorm der religionsrechtlichen Parität den allgemeinen Gleichheitssatz nennt. Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet ihn in seiner frühen Rechtsprechung von dem Gebot weltanschaulich-religiöser Neutralität, BVerfGE 19, 1 (8); 24, 236 (246); 33, 23 (28).

⁹¹ Dieses Verständnis entspricht der zweiten Form der Gleichbehandlung, die Ronald Dworkin meint, wenn er unterscheidet: 1. das Recht auf gleiche Behandlung, d.h. das Recht auf eine gleiche Verteilung einer Chance oder Ressource oder Last, und 2. das Recht, als ein Gleicher behandelt zu werden, d.h. auf dieselbe Weise mit Achtung und Rücksicht behandelt zu werden wie jeder andere. (*R. Dworkin* Taking Rights Seriously, 1977, 227).

⁹² Die Debatte knüpft an den grundlegenden Aufsatz von T. H. Marshall Staatsbürgerrechte und soziale Klassen, in: ders. Bürgerrechte und soziale Klassen, 1992 (engl. Original 1952), 33 an, der drei Dimensionen von citizenship (politische, zivile, soziale) unterschied. Aus der heutigen Diskussion siehe etwa: E. Appelt Geschlecht – Staatsbür-

Um dieses Recht auf gleiche Anerkennung geht es auch in der Kruzifix-Entscheidung. Diese Entscheidung hat erhebliche Empörung ausgelöst. ⁹³ Kritisiert wurde der Vorrang, den das Gericht der negativen vor der positiven Religionsfreiheit zuerkannt habe. ⁹⁴ Damit wird der Konflikt aber nicht richtig erfasst. Ginge es allein um die negative Religionsfreiheit, könnte man nicht-christlichen Kindern vielleicht doch zumuten, wegzusehen oder zu tolerieren. Es geht aber eben auch nicht um die positive Religionsfreiheit der Mehrheit. Denn es sind nicht die christlichen Kinder, die ihre Religion ausüben, sondern es ist der Staat, der die Anbringung von Kreuzen in Klassenzimmern anordnet. Damit ist die Botschaft eindeutig: der "richtige" bayerische Bürger ist Christ. In Frage steht daher nicht eine Abwägung zwischen positiver Religionsfreiheit der Mehrheit und negativer Religionsfreiheit der Minderheit, sondern es geht um den Kern des Neutralitätsprinzips. ⁹⁵ Die Identifikation

gerschaft – Nation, 1999; S. Benhabib The Rights of Others, 2004; dies. Kulturelle Vielfalt und demokratische Gleichheit, 2002; R. Lister Citizenship in Contemporary Europe, 2008; S. M. Okin Justice, Gender and the Family, 1989; A. Philipps Democracy and Difference, 1993; Y. Soysal Limits of Citizenship, 1994; B. Turner Grundzüge einer Theorie der Staatsbürgerschaft, in: J. Mackert/H. P. Müller (Hrsg.), Citizenship, 2000, 229 ff.; S. Walby Is citizenship gendered?, Sociology 1994, 379 ff.; N. Yuval-Davis Gender and Nation, 1997; R. Brubaker Staats-Bürger. Frankreich und Deutschland im historischen Vergleich, 1994.

⁹³ A. v. Campenhausen Zur Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 121 (1996), 448 ff.; M. Heckel Das Kreuz im öffentlichen Raum, DVBl. 1996, 453 ff.; J. Isensee Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation, ZRP 1996, 10 ff.; C. Link Stat Crux?, NJW 1995, 3353 ff.; J. Müller-Volbehr Positive und negative Religionsfreiheit, JZ 1995, 996 ff.; M.-E. Geis Geheime Offenbarung oder Offenbarungseid?, RdJB 1995, 373 ff.; D. Pirson Urteilsanmerkung, BayVBl. 1995, 755 ff.

⁹⁴ Müller-Volbehr Religionsfreiheit (Fn. 93), 999; Link Stat Crux? (Fn. 93), 3356. In diese Richtung geht auch das abweichende Votum der Richter Seidl, Söllner und Haas, BVerfGE 93, 1 (25, 33).

⁹⁵ Zu Unrecht billigte der BayVerfGH (BayVerfGH, NJW 1997, 3157) die Ende 1995 eingeführte Widerspruchsregelung. Danach soll der Schulleiter bei einem "aus ernsthaften und einsehbaren Gründen des Glaubens oder Weltanschauung" vorgetragenen Widerspruch der Erziehungsberechtigten einen "gerechten Ausgleich" der unterschiedlichen Interessen herbeiführen, der den Willen der Mehrheit "soweit wie möglich zu berücksichtigen" hat. Doch die grundsätzliche Anordnung, ein bestimmtes religiöses Symbol in jedem Klassenzimmer aufzuhängen, ist der Akt, durch den sich der Staat mit einer bestimmten Religion identifiziert. Diese wird durch die Neuregelung nicht behoben. Kritik an der Widerspruchsregelung sowie der Entscheidung des BayVerfGH üben auch: G. Czermak Das bayerische Kruzifix-Gesetz und die Entscheidung des Bay-VerfGH vom 01–08–1997, DÖV 1998, 107ff.; L. Renck Der Bayerische Verfassungsgerichtshof und das Schulkreuz-Gesetz, NJW 1999, 994ff.; A. Nolte Das Kreuz mit dem Kreuz, JöR 48 (2000), 87 (113 ff.).

des Staates mit einer Religion und die daraus resultierende Ausgrenzung⁹⁶ nicht-christlicher Kinder sind von Verfassungs wegen verboten.

3. Konsequenzen für die kollektiven Gehalte

Religion wird typischerweise gemeinschaftlich ausgeübt. Die Glaubensfreiheit umfasst daher auch das Recht, sich zu Religionsgemeinschaften zusammenzuschließen. ⁹⁷ Gleichbehandlung der Religionen bedeutet dann auch Gleichbehandlung der Religionsgemeinschaften. Denn die Besserstellung einer Religionsgemeinschaft wirkt zurück auf die individuelle Religionsfreiheit.

Gegen eine solche stark grundrechtlich geprägte Sichtweise wird eingewandt, dass sie dem institutionell geprägten Staatskirchenrecht nicht gerecht wird. Richtig daran ist, dass die Herkunft der Vorschriften über das Staatskirchenrecht sich nicht anders als mit Blick auf die Geschichte erklären lässt. In Deutschland ist dies eben die Geschichte der

⁹⁶ Das Verbot der Ausgrenzung Andersgläubiger wird auch vom Bundesverfassungsgericht in der neueren Rechtsprechung immer wieder hervorgehoben: BVerfGE 93, 1 (17); 105, 279 (294f.); 108, 282 (299).

⁹⁷ Allgemeine Meinung: siehe schon *Anschütz* Die Religionsfreiheit (Fn. 78), 681 ff.; *Morlok* (Fn. 48), Art. 4 Rn. 73 f.; *H. D. Jarass* (Fn. 62), Art. 4 Rn. 10; *A. v. Campenhausen* in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.) GG III, 5. Aufl. 2005, Art. 137 WRV Rn. 18; *Starck* (Fn. 61), Art. 4 Rn. 49; *Kokott* (Fn. 49), Art. 4 Rn. 74; *P. Badura* Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz, 1989, 21; *Borowski* Die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Fn. 79), 304.

⁹⁸ Die institutionelle Sicht betonend etwa: v. Campenhausen (Fn. 17), Rn. 2; C. Hillgruber Über den Sinn und Zweck des staatskirchenrechtlichen Körperschaftsstatus, in: C. Grabenwarter/N. Lüdecke (Hrsg.), Standpunkte im Kirchen- und Staatskirchenrecht, 2002, 79 (97f.); P. Kirchhof Die Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: Listl/Pirson (Fn. 16), 682ff.; B. Grzeszick Der Rechtsschutz in Kirchensachen als Teil des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, AöR 129 (2004), 168 ff.; R. Tillmanns Kirchensteuer kein Mittel zur Entfaltung grundrechtlicher Religionsfreiheit, FS Rüfner, 2003, 919 ff.; für eine grundrechtliche Sichtweise eintretend: C. Walter Religionsverfassungsrecht, 2006, 546 ff.; Heinig Religionsgesellschaften (Fn. 59), 265 ff. (etwas zurückhaltender, den Begriff "Vergrundrechtlichung" ausdrücklich zurücknehmend: ders. Ordnung der Freiheit (Fn. 11), 250); S. Magen Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004, 197ff., 296ff.; H. Weber Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften nach Art. 137 Abs. 5 WRV, in: H. M. Heinig/C. Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht, 2007, 229 (245); C. D. Classen Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003, 7ff.

⁹⁹ S. Korioth Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht?, FS Badura, 2004, 729 (733 ff.); v. Campenhausen/de Wall Staatskirchenrecht (Fn. 16), 77; Waldhoff Die Zukunft des Staatskirchenrechts (Fn. 11), 59.

christlichen Religion, insbesondere der beiden Großkirchen. Es ist die Geschichte der Verwobenheit von Kirche und Staat, wie sie institutionell noch das 19. Jahrhundert kennzeichnete und bis ins 20. Jahrhundert hineinreichte. Der Status der Kirchen als mit eigener Hoheitsmacht ausgestatteter Instanz beruht auf dieser Geschichte. Sie ist der Grund, weshalb wir die Kirchen anders als andere zivilgesellschaftliche Institutionen behandeln. Die inkorporierten Weimarer Kirchenartikel selbst enthalten aber kein ausdrückliches Privileg für christliche Kirchen, sondern sind auf Gleichheit hin ausgerichtet. Dies ist der staatskirchenrechtliche Kompromiss bei der Schaffung der Weimarer Reichsverfassung und des Grundgesetzes. 100 Danach haben alle Religionsgemeinschaften die Möglichkeit, Körperschaft des öffentlichen Rechts zu werden. Und in der Tat ist die Liste der Religionsgemeinschaften lang, die tatsächlich als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannt sind. 101

Dies führt zu einer Widersprüchlichkeit, wie Kompromisse sie häufig in sich tragen: 102 Einerseits sollen alle Religionen gleich behandelt werden, andererseits orientiert sich das institutionelle Design an der tradierten Stellung der christlichen Großkirchen. Diese Diskrepanz ist de constitutione lata nicht auflösbar. Unter dem Blickwinkel der Gleichbehandlung von Religionsgemeinschaften ist es konsequent, die Voraussetzungen zur Erreichung des Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts gering zu halten, um möglichst vielen Religionsgemeinschaften die Möglichkeit zu geben, diesen Status zu erreichen. Insoweit ist die Zeugen Jehovas-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu begrüßen, die lediglich Rechtstreue, nicht aber Loyalität verlangt. 103 An-

¹⁰⁰ Vgl. Heckel Gleichheit (Fn. 90), 39; Heinig Religionsgesellschaften (Fn. 59), 181.
¹⁰¹ Das Bundesverfassungsgericht zählt über zwanzig solcher, teilweise auch kleiner Gemeinschaften auf, darunter die Mormonen, Baptisten und die Gemeinschaft der Siebenten-Tags-Adventisten oder die Wallonisch-Niederländische Gemeinde Hanau, BVerfGE 102, 370 (372).

¹⁰² Ein Problem ist dabei, dass anderen Religionsgemeinschaften hierarchische Strukturen aufgezwungen werden, die ihnen möglicherweise fremd sind, wenn sie diesen Status erreichen wollen. Dies wird insbesondere im Hinblick auf den Islam diskutiert, siehe z.B. R. Poscher Totalität – Homogenität – Zentralität – Konsistenz, Der Staat 39 (2000), 49 (57 ff.).

¹⁰³ BVerfGE 102, 370 (395 f.). Im Ergebnis zustimmend, wenn auch teilweise mit Kritik an der Begründung des Gerichts: S. Muckel Körperschaftsrechte für die Zeugen Jehovas, Jura 2001, 456 (462); H. Wilms Glaubensgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, NJW 2003, 1083 (1090); A. v. Campenhausen Körperschaftsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften, ZevKR 46 (2001), 165 (177); ablehnend: H. Sendler Auf jede Stimme kommt es an!, NJW 2002, 2611 (2613); C. Hillgruber Der Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften, NVwZ 2001, 1347 (1353).

dererseits ist es außerordentlich problematisch, dass Vereinigungen an der durch das Grundgesetz konstituierten öffentlichen Gewalt Teil haben sollen,¹⁰⁴ die die Verfassung nicht unterstützen und die sich ihr nicht verpflichtet fühlen. Letztlich lässt sich diese innere Spannung nur durch die Abschaffung des Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts auflösen. Insoweit wäre eine Verfassungsänderung vonnöten.

Dieser Vorschlag verfolgt nicht das Ziel, den Kirchen zu schaden. Daher muss sorgfältig darüber nachgedacht werden, wie ein neuer Status ausgestaltet sein sollte, inwieweit etwa vereinsrechtliche Regelungen für Religionsgemeinschaften passen oder angepasst werden müssten. 105 Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften muss gewahrt werden. Besonderes Augenmerk wäre auf den mit dem Verlust der Statuseigenschaft einhergehenden Wegfall der Kirchensteuer zu richten. Die Regelmäßigkeit und Verlässlichkeit von steuerbasierten Einnahmen ist eine wesentliche Voraussetzung für die Fähigkeit der Kirchen, soziale Aufgaben zu übernehmen; soziale Dienste, die nicht ausschließlich nach dem ökonomischen Prinzip funktionieren, braucht das Gemeinwesen dringend. Eine Alternative wäre, angeregt durch das italienische oder spanische Kirchensteuersystem, eine Art Sozialsteuer, 106 bei der der Steuerpflichtige entscheiden kann, ob die Steuer Religionsgemeinschaften oder dem Staat zukommen soll. Dies könnte auch den Kirchen nützen, denn es bestünde kein Anreiz mehr, aus finanziellen Gründen aus der Kirche auszutreten.

4. Fazit

Eine stärker gleichheitsrechtliche Deutung der Religionsverfassung, die dazu führt, dass verfassungsrechtlich abgesicherte Institutionen des Staatskirchenrechts zweifelhaft werden, sieht sich methodischen Einwänden ausgesetzt. Kann im Wege der Verfassungsauslegung die entstehungs-

¹⁰⁴ Dies aber ist der Kern der Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts. Entkleidet man den Körperschaftsstatus dieses Moments, bleibt von der Rechtsform nur noch die bloße Hülle, die dann kategorial falsch dem öffentlichen Recht zugeordnet wird. In früheren Schriften wurde der besondere Charakter des Öffentlichen denn auch deutlich betont, wenn damit natürlich auch keine Eingliederung in den Staat gemeint war, s. etwa: Anschütz Verfassung des deutschen Reichs (Fn. 84), 644f.; W. Weber Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, VVDStRL 11 (1954), 153 (175f.); Peters Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts (Fn. 21), 187; Smend Staat und Kirche (Fn. 21), 13.

¹⁰⁵ Eine verfassungskonforme Auslegung des Vereinsrechts verlangt das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 83, 341 (356ff.).

¹⁰⁶ Dazu: *Droege* Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften (Fn. 75), 44ff.; *R. Althaus* Aktuelle Probleme der Kirchenfinanzierung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Grabenwarter/Lüdecke (Fn. 98), 9, Fn. 58 jeweils mwN.

geschichtlich prägende institutionelle¹⁰⁷ durch eine gleichheitsbezogene Sichtweise ersetzt werden, die in ihren Gleichheitsanforderungen über das hinausgeht, was sich der Verfassungsgeber wohl vorgestellt hat? Wäre Auslegung lediglich Reproduktion eines einmal vorgegebenen Sinnes, wäre eine solche Entwicklung ausgeschlossen. Doch die Hermeneutik lässt eine solche einfache Sicht von Auslegung nicht länger zu. 108 Auch inhaltlich wäre eine solche Versteinerung der Verfassung problematisch. 109 Die Verfassung als Grundlegung der politischen Ordnung kann nicht frühere Verhältnisse zementieren und sich von gesellschaftlichen Entwicklungen unberührt zeigen; schon Georg Jellinek hat den Verfassungswandel als zentrales Konzept beschrieben. 110 Damit soll kein Freibrief für freie Verfassungsschöpfung aufgestellt werden. Um Verfassungsschöpfung geht es vorliegend aber auch nicht. Das Grundgesetz formuliert allgemein: "Niemand darf wegen seines Glaubens benachteiligt oder bevorzugt werden". Eine solche universalistische Sprache ist typisch für Gleichheitsnormen, auch wenn diejenigen, die die Normen schufen, die Ausschlüsse bestimmter Gruppen noch für selbstverständlich erachteten. Eines der signifikantesten Beispiele ist die amerikanische Unabhängigkeitserklärung, die mit "all men are created equal" nicht alle Menschen, sondern nur weiße Männer meinte. Universell formulierte Normen haben aber nicht unwesentlich zu Emanzipationsbewegungen, etwa der Frauenbewegung oder der Bürgerrechtsbewegung in den USA beigetragen.¹¹¹ Es entspricht der Logik allgemein formulierter Gleichheitssätze, dass marginalisierte Gruppen sich auf diese Norm beziehen

¹⁰⁷ In seinem anregenden Aufsatz und dem Vergleich Deutschland-USA-Frankreich betont *Lepsius* Religionsfreiheit als Minderheitenrecht (Fn. 58), 321 ff. für Deutschland zu Recht die geschichtlich institutionell geprägte Sicht auf die Religionsfreiheit. Die von ihm nahegelegte Behauptung, dass das deutsche Religionsverfassungsrecht gar nicht auf ein Verständnis von Religionsfreiheit als Minderheitenrecht eingestellt sei, sondern überhaupt nur durch institutionelle Vermittlung funktionsfähig sei (328 ff.), scheint insoweit überzogen, als sie das gleichheitsrechtliche Potential der Religionsverfassung nicht aufnimmt.

¹⁰⁸ F. Müller/R. Christensen Juristische Methodik I, 8. Aufl. 2002, Rn. 9ff. und 248ff.; J. Esser Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, 43; grundlegend: H.-G. Gadamer Wahrheit und Methode, 6. Aufl. 1990.

¹⁰⁹ So z.B. K. Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 39f. und 46; H. Ehmke Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 61; P. Badura Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, HStR VII, 1992, § 160 Rn. 13.

¹¹⁰ G. Jellinek Verfassungsänderung und Verfassungswandel, 1906.

¹¹¹ Diesen Aspekt hebt Ute Gerhard in ihrer Beschreibung der Geschichte der Frauenbewegung hervor: *U. Gerhard* Gleichheit ohne Angleichung, 1990; *dies.* Unerhört. Die Geschichte der deutschen Frauenbewegung, 1995.

und berufen können, um ein größeres Maß an Gleichheit zu erreichen. Diese Dynamik gilt auch für die Gleichheit in religiösen Fragen.

III. Folgerungen für den Umgang mit Gefahren

Eine stark gleichheitsrechtlich orientierte Sichtweise der Religionsverfassung muss ihre Fähigkeit zur Antwort auf die Gefahren religiöser Freiheit belegen. Potenziert diese Sichtweise die Gefahren nicht nur, statt sie zu entschärfen?

Drei Typen von Gefahren sollen im Folgenden untersucht werden: 1. Religiöser Fundamentalismus, 2. die Gefahren, die aus religiöser Vielfalt resultieren und 3. die Unterdrückung durch Religion.

1. Religiöser Fundamentalismus

Religiöser Fundamentalismus¹¹² wird häufig mit dem Islam in Verbindung gebracht. Dies ist verkürzt. Fundamentalismus gibt es nicht nur in

¹¹² Der religiöse Fundamentalismus lässt sich als "Fluchtbewegung aus der Moderne", als die "andere Dialektik der Aufklärung" beschreiben (T. Meyer Fundamentalismus. Die andere Dialektik der Aufklärung, in: ders. (Hrsg.), Fundamentalismus in der modernen Welt, 1989). Die Aufklärung hat mit der Befreiung des Menschen aus der "Unmündigkeit" zugleich erhebliche Unsicherheiten produziert. Nicht länger kann sich der Einzelne auf vorgegebene Ordnungen und Ausrichtung verlassen, sondern ist aufgerufen, sein Leben in eigener Verantwortung zu führen. Diese Unsicherheiten können zu einer Sehnsucht nach Rückkehr zu geschlossenen religiösen Ordnungen führen, als "Ausgang aus den Zumutungen des Selberdenkens, der Eigenverantwortung, der Begründungspflicht, der Unsicherheit und der Offenheit aller Geltungsansprüche (...) in die vermeintliche Sicherheit und Geschlossenheit selbsterkorener absoluter Fundamente (...)" (T. Meyer Fundamentalismus - die Kehrseite der Moderne, in: A. Klein/ F. Nullmeier (Hrsg.), Masse - Macht - Emotionen, 1999, 66 (74); ausführlich dazu auch T. Meyer Fundamentalismus. Aufstand gegen die Moderne, 1989). Dabei kritisieren einige Autoren diese Interpretation des Fundamentalismus als zu eindimensional und betonen demgegenüber zugleich die "moderne Ausprägung dieses Antimodernismus" (G. Küenzelen Die Wiederkehr der Religion, 2003, 54; in diesem Sinne vgl. auch u.a. F. Büttner Islamischer Fundamentalismus: Politisierter Traditionalismus oder revolutionärer Messianismus?, in: H. Bielefeldt/W. Heitmeyer (Hrsg.), Politisierte Religion, 1998, 188 (196); M. Riesebrodt Was ist religiöser Fundamentalismus, in: C. Six/M. Riesebrodt/S. Haas (Hrsg.), Religiöser Fundamentalismus, 2005, 15 (19); ausführlicher zu dieser Debatte M. J. Prutsch Fundamentalismus. Das Projekt der Moderne und die Politisierung des Religiösen, 2007, 62 ff.). Insofern beinhaltet der religiöse Fundamentalismus nicht nur ein Beharren auf traditionellen Strukturen, sondern stellt den Versuch dar, den Bruch von Traditionen, den die Moderne mit sich bringt, durch um so radikaleres Beharren auf und damit Neu-Konstruktion von Tradition zu kitten. Funda-

der islamistischen Variante, sondern alle Weltreligionen weisen fundamentalistische Zweige auf.¹¹³ Der Begriff "Fundamentalismus" entstammt christlichen Kontexten¹¹⁴ 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.¹¹⁵

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. 116 Religionsgemeinschaften im freiheitlichen Staat dürfen auch Verfassungsgrundsätze offen ablehnen und in ihrem

mentalismus ist daher Ausdruck eines unauflösbaren Paradoxons, was die Vehemenz oder gar Militanz fundamentalistischer Bewegungen erklären könnte: der Bruch mit der Tradition lässt sich nicht rückgängig machen. Neben der Anknüpfung an die Moderne gilt der Fundamentalismus als Krisenreaktion, der politische und ökonomische Interessenkonflikte in religiös-kulturelle Identitätskonflikte transformiert (*H. Schäfer* Fundamentalismus und Moderne, Vortrag Loccum am 07. 05. 2006; zu Fundamentalismus als "kulturelle Selbstorientierung" vgl. bereits *H. Lübbe* Religion nach der Aufklärung, 1986, 76). Als identitätsstiftendes Moment bietet er ein Gegengewicht zu Ausgrenzungserfahrung (unter Bezug auf die Umfrage des Bielefelder Instituts für interdisziplinäre Konflikt- und Gewaltforschung (IKG), "Verlockender Fundamentalismus" (1997) *T. Meyer* Identitätspolitik, 2002, 85 ff.; *H. Bielefeldt/W. Heitmeyer* Politisierte Religion in der Moderne, in: dies. (Hrsg.), Politisierte Religion, 1998, 11 (21); *H. G. Jaschke* Fundamentalismus in Deutschland, 1998, 120 ff.

¹¹³ Besonders sichtbar ist der Fundamentalismus in den monotheistischen Religionen Judentum, Christentum und Islam; s. dazu etwa K. Armstrong Im Kampf für Gott, 2004 (engl. 2000) über den Fundamentalismus. Aber auch im Hinduismus finden sich fundamentalistische Zweige. Im Buddhismus sind diese am geringsten ausgeprägt, aber auch zu finden.

¹¹⁴ Inzwischen wird der Begriff des Fundamentalismus mit unterschiedlichen Inhalten und in vielfältigen Kontexten, insbesondere in der Politik, gebraucht: für einen Überblick siehe *K. Kienzler* Der Religiöse Fundamentalismus, 1996, 9 ff.; insbes. zur Partei "Die Grünen" *T. Meyer* Aufstand gegen die Moderne (Fn. 112), 119 ff.

¹¹⁵ A. Schmidt Das Phänomen des Fundamentalismus in Geschichte und Gegenwart, in: K. Kienzler (Hrsg.), Der neue Fundamentalismus. Rettung oder Gefahr für Gesellschaft und Religion?, 1993, 9.

¹¹⁶ Besonders deutlich *Böckenförde* Der säkularisierte Staat (Fn. 67), 28 ff.: "Fundamentalismus kann auch in der Form von Wertordnungsfundamentalismus auftreten" (29 f.).

Bereich nicht praktizieren. Deshalb darf die katholische Kirche weiterhin Frauen die Priesterweihe verweigern. Religionsgemeinschaften müssen nicht einmal, wie politische Parteien¹¹⁷, demokratisch aufgebaut sein.¹¹⁸

Bekämpfen darf der Staat Religionsgemeinschaften erst dann, wenn sie die Grenze zur Gewalt bzw. Propagierung von Gewalt überschritten haben. 119 Religiöse Gruppen sind insoweit nicht anders zu behandeln als politische Gruppen. Vereine, die Terror und Gewalt einsetzen, darf der Staat verbieten 120 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.

¹¹⁷ Nach Art. 21 Satz 2 GG.

¹¹⁸ Es gibt im Gegenteil viele Religionen, die streng hierarchisch und autoritär aufgebaut sind.

¹¹⁹ Vgl. BVerwG, NVwZ 2003, 986 (987).

¹²⁰ Bis 2001 war das Vereinsrecht auf religiöse Gruppen nicht anwendbar. Die Diskussion um die Streichung dieses Religionsprivilegs hat den Streit um die Grundlagen eines Vereinsverbots für religiöse Gruppen intensiviert. Streitig ist insbesondere, ob die Schranke des Art. 9 Abs. 2 GG auch auf Religionsgemeinschaften Anwendung findet: im Ergebnis bejahend: BVerwGE 105, 117 (121); BVerwG, JZ 2007, 144 (144f.); v. Campenhausen Religionsfreiheit (Fn. 17), Rn. 83; R. Herzog in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.) GG I, Art. 4 Rn. 97 (1988); J. Jurina Die Religionsgemeinschaften mit privatrechtlichem Rechtsstatus, in: Listl/Pirson (Fn. 16), 711 f.; J. Listl Verbots- und Auflösungsmöglichkeit von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften bei verfassungsfeindlicher politischer Betätigung, DÖV 1973, 181 (185); (über den Umweg des Art. 137 III GG): Mager (Fn. 49), Art. 4 Rn. 65; Kokott (Fn. 49) Art. 4 Rn. 142; M. Planker Das Vereinsverbot - einsatzbereites Instrument gegen verfassungsfeindliche Glaubensgemeinschaften?, DÖV 1997, 101 (106); aA B. Pieroth/T. Kingreen Das Verbot von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, NVwZ 2001, 841 (845); K. Groh Selbstschutz der Verfassung gegen Religionsgemeinschaften, 2004, 455; D. Ehlers in: M. Sachs (Hrsg.) GG, 4. Aufl. 2007, Art. 140 GG/Art. 137 WRV Rn. 20; Schmieder Schutz religiös-weltanschaulicher Vereinigungen (Fn. 60), 148, 150; L. Michael Verbote von Religionsgemeinschaften, JZ 2002, 482 (487 f., 490); S. Veelken Das Verbot von Weltanschauungs- und Religionsgemeinschaften, 1999, 208. Mit R. Poscher Vereinsverbote gegen Religionsgemeinschaften?, KritV 2002, 298 (303 ff.) ist unabhängig von dem Streit zunächst danach zu fragen, ob Vereinigungen, bei denen der Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung im Zentrum steht, überhaupt Religionsgemeinschaften oder nicht (politische) Vereine darstellen.

2. Religiöse Vielfalt

Das Konfliktpotential, das religiöse Vielfalt mit sich bringt, lässt sich mindern, ausschließen lässt es sich nicht. Der Weg zurück zum religiös geprägten Staat, in dem alle Einwohner demselben Glauben anhängen, ist verschlossen. Es waren auch keine "guten alten Zeiten", nach denen sich zu sehnen angebracht wäre. Denn die Einheitlichkeit des Glaubens bestand jeweils nur als normative Forderung, war nie tatsächlich gegeben, sondern musste immer mit Gewalt und Unterdrückung durchgesetzt werden.¹²¹ Religiöse Vielfalt ist als faktische Gegebenheit hinzunehmen.¹²²

a) Laizismus

Um die Spannungen zu reduzieren, die aus unterschiedlicher Religionszugehörigkeit resultieren, wäre der Weg in den Laizismus denkbar.¹²³ Religion würde aus dem öffentlichen Raum verdrängt, zur Privatsache deklariert in der Hoffnung, dass durch die geringere Sichtbarkeit religiöser Unterschiede auch das Konfliktpotential reduziert würde.¹²⁴ Aus gleichheitsrechtlicher Sicht wäre hiergegen nichts einzuwenden; die Angleichung nach "unten" widerspricht der Gleichheit wegen ihres modalen Charakters nicht. Verfassungsrechtlich gewendet würde dies eine Neu-Interpretation des Neutralitätsprinzips verlangen, das bisher im Sinne einer offenen, übergreifenden Neutralität verstanden wurde.¹²⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat in der Kopftuch-Entscheidung eine solche Möglichkeit für den Bereich der Schule eröffnet; einige Länder haben diesen Weg beschritten. Die Verdrängung der Religion aus dem öffentlichen Raum widerspricht aber dem freiheitsrechtlichen Gehalt der Religionsfreiheit.¹²⁶ Wäre für religiöse Äußerungen im öffentlichen

¹²¹ Eindrücklich zu den Widersprüchen, die ein Zwang in Glaubensfragen mit sich bringt: *Locke* A Letter Concerning Toleration (Fn. 80).

¹²² Zur schwierigen Rolle des Rechts angesichts dieser Tatsache vgl. *H. Dreier* Religion und Verfassungsstaat im Kampf der Kulturen, in: Dreier/Hilgendorf (Fn. 4), 22 ff.

¹²³ Für ein solches laizistisches Konzept steht im westeuropäischen Kontext vor allem das französische Modell. Zu den Problemen mit dem Konzept der Laizität in Frankreich siehe etwa: *Robbers* Staat und Religion (Fn. 73), 239 ff.; *Walter* Religionsverfassungsrecht (Fn. 98), 162 ff.

 $^{^{124}}$ Freilich ist sehr fraglich, ob dieser Weg wirklich erfolgversprechend wäre, oder ob dadurch das Konfliktpotential nicht noch erhöht würde.

¹²⁵ Zu den unterschiedlichen Neutralitätsverständnissen: *Böckenförde* (Fn. 67), 15f.; *K. Schlaich* Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, 7ff., 226 ff.; *Huster* Ethische Neutralität (Fn. 46), 29 ff.

¹²⁶ Diese Meinung wird von vielen geteilt, siehe etwa: *Heinig* Ordnung der Freiheit (Fn. 11), 249 f.: "negative Freiheitsbilanz des Laizismus". *P. Badura* Staatskirchenrecht

Raum kein Platz mehr, würde dies eine erhebliche Freiheitsbeschränkung für Gläubige bedeuten. Es wäre auch ein Verlust an Demokratie, wenn es Religionsgemeinschaften nicht möglich wäre, sich im öffentlichen Raum zu betätigen. Neutralität als Zwang zur Privatisierung von Religion würde eine Diskriminierung religiöser Lebensformen darstellen.¹²⁷

b) Privilegierung des Christentums

Es stellt sich die Frage, ob im Umgang mit religiöser Vielfalt der Mehrheit eine besondere Stellung zukommt. Eine Privilegierung des Christentums als Religion widerspricht offensichtlich der Gleichbehandlung der Religionen und ist deshalb verfassungsrechtlich unzulässig.¹²⁸ Auch soweit Landesverfassungen christliche Bezüge aufweisen, sind sie von Bundesverfassungsrecht überlagert.¹²⁹ In den Kopftuchgesetzen einiger Länder wird dennoch versucht, das Christentum wenigstens auf der symbolischen Ebene zu privilegieren,¹³⁰ indem angeordnet wird, dass – so die Formulierung in Baden-Württemberg – die Darstel-

als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: Listl/Pirson (Fn. 16), 222f. erblickt in der "Ignorierung der Religion durch den Staat die Preisgabe der individualistischen Prinzipien des Liberalismus zugunsten der Allmacht des Staates". Ebenfalls skeptisch und insbesondere den öffentlichen Charakter der Religionsfreiheit betonend: *H. Steiger* Religion und Religionsfreiheit im neutralen Staat, FS Kriele, 1997, 105 (119f.).

¹²⁷ G. Luf Die religiöse Freiheit und der Rechtscharakter der Menschenrechte, in: J. Schwartländer (Hrsg.), Freiheit der Religion, 1993, 72 (90 f.); H. Bielefeldt Muslime im säkularen Rechtsstaat – vom Recht der Muslime zur Mitgestaltung der Gesellschaft, in: T. Hartmann/M. Krannich (Hrsg.), Muslime im säkularen Rechtsstaat, 2000, 67 (71); ν. Campenhausen Religionsfreiheit (Fn. 17), Rn. 5; Morlok (Fn. 48), Art. 4 Rn. 123; Mager (Fn. 49), Art. 4 Rn. 3; Preuβ (Fn. 49), Art. 4 Rn. 8; K. Schlaich Radikale Trennung und Pluralismus – Zwei Modelle der weltanschaulichen Neutralität des Staates, in: P. Mikat (Hrsg.), Kirche und Staat in der neueren Entwicklung, 1980, 431 ff.

¹²⁸ Allgemeine Meinung: BVerfGE 93, 1 (16f.); 108, 282 (299 f.); BVerwGE 116, 359 (362); 121, 140 (150); HessStGH, NVwZ 2008, 199 (203 f.); Korioth (Fn. 60), Art. 140 Rn. 32 (2003); Jarass (Fn. 62), Art. 4 Rn. 43; Kokott (Fn. 49), Art. 4 Rn. 71; U. Hemmrich in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.) GG III, 5. Aufl. 2003, Art. 140 Rn. 5; R. Bergmann in: D. Hömig (Hrsg.) GG, 8. Aufl. 2007, Art. 140 Rn. 9.

¹²⁹ 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. Zu dem Streit um die Rechtsfolgen von Art. 31: *R. Bernhardt/U. Sacksofsky* in: BK-GG, Art. 31 Rn. 54ff. (1998).

¹³⁰ Dies geschieht in Baden-Württemberg (§ 38 II 3 SchulgesetzBW), Bayern (§ 59 II 3 des Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen), Hessen (§ 86 III 3 Hess-Schulgesetz; § 68 II 3 HessBeamtengesetz), Nordrhein-Westfalen (§ 57 IV 3 SchulgesetzNRW) und im Saarland (§ 1 IIa Schulordnungsgesetz).

lung "christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen" nicht dem Gebot religiöser Neutralität widerspreche.¹³¹ Das Bundesverwaltungsgericht und einige Landesverfassungsgerichte haben diese Regelung für verfassungsgemäß erachtet:¹³² Der im Gesetz verwendete Begriff des "Christlichen" bezeichne "eine von Glaubensinhalten losgelöste, aus der Tradition der christlich-abendländischen Kultur hervorgegangene Wertewelt".¹³³ Diese Ausführungen gehen fehl, denn sie passen nicht auf den zu entscheidenden Fall.¹³⁴ Die Gesetze verbieten bestimmte Bekundungen, Kleidungsstücke oder Symbole. Es ging also nur um Kreuz, Mönchskutte und Nonnenhabit. Dies sind aber Symbole, die gerade nicht "von Glaubensinhalten losgelöste" Kultur darstellen.¹³⁵ Auch aus der Perspektive der christlichen Kirchen kann die Profanisierung des Kreuzes nicht der richtige Weg sein.

c) Ausnahmen vom allgemeinen Gesetz

Ausnahmen vom allgemeinen Gesetz für religiöse Gruppen können zu einer Zersplitterung der Rechtsordnung und einer übermäßigen Einschränkung politischen Gestaltungsspielraums führen. Dies ist problematisch. Doch wirft eine ausnahmslose Durchsetzung der allgemeinen Gesetze neue Gleichheitsprobleme auf, indem sie zu einer Benachteili-

¹³¹ Die entsprechende Formulierung in Hessen lautet: "Bei der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen nach Satz 1 und 2 ist der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen".

¹³² BVerwGE 121, 140; BayVerfGH, NVwZ 2008, 420; HessStGH, NVwZ 2008, 199; aA abw. M. von drei Richtern des HessStGH (Giani, v. Plottnitz, NVwZ 2008, 199 (208); Lange, NVwZ 2008, 199 (208f.)). Das Verwaltungsgericht Stuttgart (VG Stuttgart, NJW 2006, 1444) erblickte in einem auf die baden-württembergische Regelung gestützten Kopftuchverbot einen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot, solange nicht auch Kippa oder Nonnenhabit verboten würden. Dieser Argumentation ist der Verwaltungsgerichtshof Mannheim entgegengetreten (VGH Mannheim, IÖD 2008, 131): Selbst bei einem gleichheitswidrigen Defizit bei der Durchsetzung der Verbotsnorm habe eine Lehrkraft, die gegen das danach begründete Verhaltensgebot verstieße, keinen Anspruch darauf, in der Schule eine religiös motivierte Kopfbedeckung zu tragen.

¹³³ BVerwGE 121, 140 (151); BayVerfGH, NVwZ 2008, 420 (421); HessStGH, NVwZ 2008, 199 (203).

¹³⁴ Zur Rolle der Kultur im Recht, auf die hier nicht weiter eingegangen wird: *Dreier/Hilgendorf* (Fn. 4), darin insbesondere die Aufsätze: *H. Dreier* Religion und Verfassungsstaat im Kampf der Kulturen, 11 ff.; *U. Volkmann* Kulturelles Selbstverständnis als Tabuzone für das Recht, 245 ff.; darüber hinaus: *U. Volkmann* Kultur im Verfassungsstaat, DVBl. 2005, 1061 ff.; mit einer starken Überbetonung des kulturellen Selbstverständnisses: *A. Uhle* Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004; *W. Loschelder* Konflikt und Konsens im Verfassungsstaat, FS Isensee, 2007, 149 ff.

¹³⁵ Für das Kreuz deutlich: BVerfGE 93, 1 (19 f.).

gung von Angehörigen religiöser Minderheiten führt. Die amerikanische Philosophin Iris Young hat die strukturelle Unterdrückung durch die Dominanz der Mehrheitsperspektive anschaulich beschrieben;¹³⁶ diese resultiert nicht aus tyrannischen Intentionen, sondern aus nicht hinterfragten Normen, Gewohnheiten und Annahmen.¹³⁷ Die Interessen der religiösen Mehrheit sind in der Gesetzgebung typischerweise hinreichend berücksichtigt.¹³⁸ Für die Freistellung vom Arbeitsplatz an Weihnachten muss der Einzelne nicht kämpfen, und der Gottesdienst am Sonntag kann ohne Schwierigkeiten besucht werden.¹³⁹ Grundrechtsschutz ist Minderheitenschutz – auch bei der Religionsfreiheit. Daher ist ein weiter freiheitsrechtlicher Schutz für Minderheitenreligionen auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit relevant.¹⁴⁰ Die Glaubensfreiheit ist insoweit funktional äquivalent zur Rechtsfigur der mittelbaren Benachteiligung.

In die Prüfung der Ausnahmen müssen alle betroffenen Positionen einbezogen werden. Dies ist bei der teilweise großzügigen Befreiung von

¹³⁶ I. M. Young beschreibt die "fünf Gesichter der Unterdrückung" (so der Titel ihres 2. Kapitels) folgendermaßen: Ausbeutung, Marginalisierung, Machtlosigkeit, kultureller Imperialismus und Gewalt. (*I. M. Young* Justice and the Politics of Difference, 1990, 39 ff.).

¹³⁷ Young Politics of Difference (Fn. 136), 41. Diese Einsichten für kulturelle Rechte in Grundrechtsdogmatik als Schranken-Schranke übersetzend: *G. Britz* Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 252 ff.

¹³⁸ Anders stellt sich die Situation z.B. für hier lebende muslimische Gläubige dar: *F. Hufen* Fundamentalismus als Herausforderung des Verfassungsrechts und der Rechtsphilosophie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1992, 455 ff.; *M. Kloepfer* Der Islam als Verfassungsfrage, DÖV 2006, 45 ff.; *Anger* (Fn. 61); *S. Muckel* (Hrsg.) Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaats, 2008. Die Probleme der sozialhilferechtlichen Berücksichtigung islamischer Bestattungsriten analysiert *G. Britz* Der Einfluß christlicher Tradition auf die Rechtsauslegung als verfassungsrechtliches Gleichheitsproblem?, JZ 2000, 1127 ff.

¹³⁹ Zur christlichen Prägung des BGB: J. Rückert Christliche Imprägnierung des BGB, in: Dreier/Hilgendorf (Fn. 4), 263 ff.; zum StGB: T. Gutmann Christliche Imprägnierung des Strafgesetzbuches, in: Dreier/Hilgendorf (Fn. 4), 295 ff. Zu religiösen Voraussetzungen, insbesondere des Menschenbildes in der Verfassung: T. Stein Himmlische Quellen und irdisches Recht, 2007.

¹⁴⁰ Dies bedeutet nicht, dass jedem Berufen auf religiöse Gründe Erfolg beschieden wäre. In die "normale" Prüfung der Rechtfertigung eines Eingriffs geht sowohl die Intensität des Eingriffs in die Glaubensfreiheit ein als auch das Gewicht des gesetzgeberischen Zieles. Staatliche Ziele, die Selbstgefährdung reduzieren, haben weniger Gewicht, als Regelungen, die dem Schutz vor Gefährdung anderer dienen. Auf der anderen Seite reicht der Schutz der Glaubensfreiheit am weitesten, wenn es um echte Kollisionen zwischen rechtlicher und religiöser Verpflichtung geht, während lediglich im weiteren Sinne religiös motivierte Verhaltensweisen in der Abwägung geringeres Gewicht zukommt.

Schülerinnen vom koedukativen Schwimm- und Sportunterricht durch die Verwaltungsgerichte nicht immer geschehen.¹⁴¹ Im Bereich Schule können nicht nur Erziehungsauftrag des Staates und Elternrecht einander gegenübergestellt werden, sondern es handelt sich um ein dreipoliges Verhältnis. Die Gleichberechtigung von Mädchen verlangt, dass auch sie in vollem Umfang an dem teilhaben dürfen und müssen, was unsere Gesellschaft für notwendige Erziehung hält. Wenn der Normgeber wirklich meint, dass koedukativer Sportunterricht in der Pubertät eine gute Idee 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.¹⁴² Es gibt keinen Grund, dies gegenüber muslimischen Eltern für den Sportunterricht anders zu handhaben.

Geradezu paradox wird der Gleichberechtigungssatz hingegen in der Kopftuchdebatte eingesetzt. Im Namen der Gleichberechtigung werden Frauen daran gehindert, qualifizierte Berufe auszuüben. Das Kopftuchverbot in Schulen oder gar dem gesamten Beamtendienst ist ein Beispiel für problematische Zuschreibungen an Angehörige von Minderheitenreligionen. 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. 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. Var durch die Zuschreibung eines sozusagen überschießenden fundamentalistischen Moments lässt sich eine Gefahr durch Kopftuch tragende Lehrerinnen überhaupt erst konstruieren.

Ausnahmen für religiöse Gruppen können neue Gleichheitsprobleme aufwerfen, denn auch andere könnten aus nicht-religiösen Gründen die Ausnahme begehren. Ausnahmen sollten daher möglichst vermieden

¹⁴¹ Rechtsprechungsnachweise siehe Fn. 33. Kritisch auch: *B. Schlink* Zwischen Säkularisation und Multikuturalität, FS Rollecke, 1997, 301 (313); *Britz* Das verfassungsrechtliche Dilemma (Fn. 32), 102; *Kokott* (Fn. 49), Art. 4 Rn. 63; *dies*. Aussprache zu "Staat und Religion", VVDStRL 59 (2000), 356; *U. Vosgerau* Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes, 2007, 139; *B. M. Groh* Zur Frage, inwieweit eine Schülerin islamischen Glaubens von der Teilnahme am koedukativen Sportunterricht befreit werden kann, RdJB 1992, 414 (416).

¹⁴² OVG Berlin, JR 1973, 551; BVerfGE 47, 46; BVerwGE 57, 360. Aus neuerer Zeit: BVerwGE, KirchE 44, 252; BVerwG, Az 6 B 64.07 vom 08. 05. 2008 (Vorinstanzen: VG Münster, NWVBl. 2006, 471; OVG Münster, NWVBl. 2008, 70).

 ¹⁴³ So aber ausdrücklich, freilich jeweils nur hypothetisch, einige Gerichtsentscheidungen: VG Düsseldorf, Az 2 K 1752/07 vom 14. 08. 2007; VG Aachen, DöD 2008,
 111 (113); VG Gelsenkirchen, Az 1 K 1466/07 vom 27. 02. 2008.

werden.¹⁴⁴ Adressat dieser Forderung ist in den allermeisten Fällen allerdings der Gesetzgeber, nicht der Richter. Der Gesetzgeber hat es in der Hand, die Gesetze so zu gestalten, dass Ausnahmen aus religiösen Gründen entbehrlich sind. Möglicherweise würde sich dabei auch herausstellen, dass manche Regelung unterbleiben kann. Dies wäre ein Freiheitsgewinn für alle.

3. Unterdrückung durch Religion

Auch im Verhältnis zwischen Religionsgemeinschaften und ihren Mitgliedern können Gefahren auftreten. Dominanzstrukturen können dazu führen, dass Einzelne unterdrückt werden. Es wäre daher falsch zu glauben, mehr Selbstbestimmung für Religionsgemeinschaften bedeute notwendigerweise mehr Freiheit für die Mitglieder dieser Gemeinschaft. Im freiheitlichen Staat müssen zivilgesellschaftlich begründete Herrschaftsstrukturen in gewissem Umfang hingenommen werden. Doch gilt dies nur dann, wenn die Mitgliedschaft in der Religionsgemeinschaft freiwillig ist. Wer sich freiwillig in Herrschaftsstrukturen einfügt, übt seine Freiheit aus. Dies hat der Staat grundsätzlich zu respektieren.

Freiwilligkeit kann aber nur bei Erwachsenen angenommen werden. Kinder und Jugendliche befinden sich in einem Entwicklungsprozess, in dem sie erst in Stand gesetzt werden, verantwortliche Entscheidungen zu treffen. Daher ist der Staat bei Kindern und Jugendlichen zur Ausübung seines Wächteramtes aufgerufen; er muss ihre Rechte auch gegenüber den Eltern schützen. Dieses Wächteramt verlangt beispielsweise die Durchsetzung der allgemeinen Schulpflicht. Zu Recht ist die deutsche Rechtsordnung insoweit strikt; eine Entscheidung wie die des U.S. Supreme Court, der die Schulpflicht für amishe Kinder früher als für andere enden ließ, 145 ist hoch problematisch. Insbesondere das Argument, die Religionsgemeinschaft laufe Gefahr, ihre Identität zu verlieren, wenn die Jugendlichen der modernen Welt ausgesetzt würden, kann diese Ausnahme nicht rechtfertigen. Es geht nicht an, Religionsgemeinschaften sozusagen künstlich am Leben zu erhalten, indem man ihnen von der modernen Welt unbeeinflusste Jugendliche garantiert.

Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften findet auch dort seine Grenze, wo fundamentale Rechte der Mitglieder beschnitten werden. Bei Minderjährigen ist der Staat schon aufgrund sei-

¹⁴⁴ Oder mit Verhaltensalternativen versehen werden: vgl. *Böckenförde* Grundrecht der Gewissensfreiheit (Fn. 51), 61 f.

¹⁴⁵ Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

nes Wächteramtes verpflichtet einzuschreiten. Doch auch bei Erwachsenen ist er nicht vollkommen von Handlungspflichten befreit. Zwar besitzen Erwachsene grundsätzlich die Befugnis über ihre Grundrechte zu disponieren, doch in Gruppen, die durch extreme Über-/Unterordnungsverhältnisse geprägt sind, gibt es Anlass, die Freiheit der Selbstbestimmung zu hinterfragen. Die staatliche Schutzpflicht kann sich – dies aber nur in seltenen Ausnahmefällen – zu einer Pflicht zur Intervention verdichten. ¹⁴⁶ Jedenfalls muss der Staat niedrigschwellige Hilfsangebote für die Angehörigen dieser Gruppen bereithalten.

Problematisch ist auch der Rückzug staatlichen Rechts zugunsten religiöser Gruppen. Die Provinz Ontario überließ wesentliche Teile des Familienrechts der Handhabung durch religiöse Gemeinschaften.¹⁴⁷ Dies hätte dazu führen können, dass auch Teile der Scharia in Kanada durch islamische Schiedsgerichte angewendet werden; eine ähnliche Entwicklung findet in England statt.¹⁴⁸ Manche Multikulturalisten und Kommunitaristen sehen hierin einen Gewinn.¹⁴⁹ Ihr Faible für Gemein-

¹⁴⁶ Der Umgang mit der Polygamistensekte in den USA im April 2008 ist ein Beispiel für eine misslungene staatliche Intervention. Über 400 Kinder ihren Müttern zu entziehen, sie teilweise Hunderte von Kilometern entfernt unterzubringen, in kürzester Zeit dem Bundesstaat Texas das Sorgerecht für 416 Kinder zu übertragen sowie die Väter ins Gefängnis zu werfen, hilft wenig weiter. Bei staatlicher Intervention ist jedenfalls der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen.

¹⁴⁷ In den Provinzen Quebec und Ontario entwickelte sich eine Diskussion zur Etablierung islamischer Schiedsinstanzen in Familienangelegenheiten im Jahr 2003; die Debatte führte in Quebec dazu, dass das Parlament die rechtliche Grundlage für eine solche Schiedsinstanz ablehnte und Ontario die Grundlage änderte, die nunmehr explizit beinhaltet, dass sich die Bundesregelung zum Familienrecht (Familiy Law Act) im Konfliktfall gegenüber dem Arbitration Act durchsetzt und, dass im Familienrecht eine Abschluss-, Inhalts- und Ergebniskontrolle durch die staatlichen Gerichte durchgeführt wird. Andere religiöse Schiedsgerichte sind in vielen kanadischen Provinzen bereits seit vielen Jahren etabliert; vgl. dazu M. Rohe Muslimische Identität und Recht in Kanada, RabelsZ 2008, 459 ff.; J. Aslam Judicial Oversight of Islamic Family Law Arbitration in Ontario, Journal of International Law and Politics NYU-Law 2006, 84 ff.

¹⁴⁸ In GB beginnen sich auf Grundlage des 1996 erlassenen Arbitration Act seit August 2007 muslimische Schiedsgerichte in London, Birmingham, Bradford und Manchester zu etablieren; zwei neue sind in Glasgow und Edinburgh geplant. Bisher wurden ca. 10 Fälle im Familien- und Erbrecht entschieden; dazu gehörten auch Fälle von häuslicher Gewalt. Ein seit über 100 Jahren entwickeltes religiöses Schiedgerichtssystem in GB sind die "Jewish Beth Din Courts" (Sunday Times, 14. 09. 2008 – http://www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/crime/article4749183.ec e.).

¹⁴⁹ P. Horwitz The Sources and limits of freedom of religion in a liberal Democracy, Toronto Fa. Law Rev. 1996, 48; T. Modood The recognition of religious groups, in: W. Kymlicka/W. Norman (Hrsg.), Citizenship in diverse society, 2000, 173 (188); Aslam (Fn. 146), 859 ff. Zustimmend im Hinblick auf Sprache: C. Taylor Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, 1993; dabei existieren auch kritische Stimmen unter

schaft lässt sie eine differenzierte Rechtsausübung für verschiedene religiöse Gruppen begrüßen. Ich halte diese Entwicklung für falsch. Im Kern geht es um den in verschiedenen Facetten auftretenden Streit zwischen universaler Geltung der Menschenrechte und kultureller Differenz. 150 Traditionelle Gemeinschaften sind häufig stark patriarchalisch geprägte Ordnungen, so dass die beanspruchten Kulturvorbehalte oft zu Lasten von Frauen gehen. 151 Das Familienrecht, in dem Geschlechterverhältnisse eine zentrale Rolle spielen, ist daher ein besonders heikler Bereich

Schließlich darf religiöse Freiheit nicht dazu führen, dass Freiheitsrechte in bestimmten Gegenden faktisch außer Kraft gesetzt werden. Dazu kann es insbesondere kommen, wenn religiöse Gruppen Stadtviertel dominieren und ihre religiösen Regeln allen, die sich in dieser Gegend aufhalten, oktroyieren. Beispielsweise darf es in Deutschland keine Gegenden geben, in denen Frauen sich nicht ohne Kopftuch aufhalten können, ohne ihre körperliche Unversehrtheit zu riskieren. Es ist Aufgabe des Staates dafür zu sorgen, dass die Freiheitsrechte überall in Deutschland wahrgenommen werden können.

IV. Fazit

Freiheit ohne Gefahr gibt es nicht. Dies ist die Ambivalenz der Freiheit, dass sie zu gefährlichem wie zu ungefährlichem, zu konstruktivem wie zu destruktivem Tun genutzt werden kann. Doch der freiheitliche Staat ist dieses "Wagnis um der Freiheit willen eingegangen"¹⁵². Voll-

den Multikulturalisten: vgl. etwa W. Kymlicka Testing the bounds of liberal Multiculturalism? The Sharia Debate in Ontario, Ethique publique 2007, 27 ff.

¹⁵⁰ Aus der Diskussion siehe etwa: H. Bielefeldt Menschenrechte in der Einwanderungsgesellschaft. Plädoyer für einen aufgeklärten Multikulturalismus, 2007; W. Kymlicka Multicultural Odysseys, 2007; B. Sauer/S. Strasser (Hrsg.) Zwangsfreiheiten, 2008; S. Benhabib The Claims of Culture, 2002; M. Walzer Kritik und Gemeinsinn, 1990; Taylor Multikulturalismus (Fn. 149), 13; M. Brumlik/H. Brunkhorst (Hrsg.) Gemeinschaft und soziale Gerechtigkeit, 1993; O. Höffe Die Menschenrechte im interkulturellen Diskurs, in: W. Odersky (Hrsg.), Die Menschenrechte, 1994, 119 ff.; B. Tibi Im Schatten Allahs, 1994; N. Wenzel Das Spannungsverhältnis zwischen Gruppenschutz und Individualschutz im Völkerrecht, 2008.

¹⁵¹ S. Benhabib Kulturelle Vielfalt und demokratische Gleichheit. Politische Partizipation im Zeitalter der Globalisierung, 1999; S. Moller Okin Feminism and Multiculturalism: Some Tensions, Ethics 1998, 661 ff.; dies. Konflikte zwischen Grundrechten. Frauenrechte und die Probleme religiöser und kultureller Unterschiede, in: S. Gosepath/G. Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, 310 ff.

¹⁵² Böckenförde Die Entstehung des Staates (Fn. 1), 112.

ständige Sicherheit gibt es nicht, und wenn es sie gäbe, wäre sie das Ende der Freiheit. Das gilt auch für die Religionsfreiheit. Es wäre daher falsch, den freiheitsrechtlichen Gehalt der Religionsverfassung aus Angst vor imaginierten oder realen Gefahren zu beschränken. Religion darf nicht aus dem öffentlichen Raum verdrängt werden. Wie auch Jürgen Habermas in seinen neueren Schriften betont,¹⁵³ ist Religion eine wichtige Ressource für den demokratischen Diskurs.¹⁵⁴

Das gleichheitsrechtliche Potential der Religionsverfassung sollte weiter entfaltet werden. Der Weg von der Verfolgung von Religionen und Glaubensrichtungen, die von den etablierten christlichen Konfessionen abwichen, über ihre Tolerierung hin zu ihrer Gleichbehandlung war lang, und wir sind noch nicht an seinem Ende angelangt. Wir sollten diesen Prozess weiter vorantreiben, nicht, ihn zu bremsen versuchen.

Ausgrenzungen, Diskriminierungserfahrungen sowie Gefühle des Ausgeliefertseins und der Ohnmacht sind ein Nährboden für Fundamentalismus und Terrorismus. Durch die Ermöglichung von Partizipation kann dem entgegengewirkt werden. Inklusion statt Exklusion muss die Zielrichtung sein. Insoweit kann eine verstärkte gleichheitsrechtliche Deutung der Religionsverfassung einen Beitrag leisten. Freilich wäre es naiv zu glauben, dass sich damit alle Probleme bewältigen ließen: Das Recht hat nur eine begrenzte Steuerungs- und Leistungsfähigkeit. Zudem ist Religion nur ein Faktor, der Differenz in der Gesellschaft konstituiert. Andere relevante Faktoren sind etwa soziale, ethnische und kulturelle Unterschiede, die mit religiöser Differenz möglicherweise, aber nicht zwingend zusammenhängen. Auch ein noch so gutes Religionsverfassungsrecht kann nicht alle Probleme der Integration lösen. Es in inklusiver statt in exklusiver Weise zu nutzen, wäre aber ein weiterer Schritt hin zur Einlösung des Versprechens des freiheitlichen Staates, "Heimstatt"155 aller Bürgerinnen und Bürger zu sein.

¹⁵³ J. Habermas Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates, in: J. Habermas/J. Ratzinger, Dialektik der Säkularisierung, 2005, 31: "Im Gegensatz zur ethischen Enthaltsamkeit eines nachmetaphysischen Denkens, dem sich jeder generell verbindliche Begriff vom guten und exemplarischen Leben entzieht, sind in heiligen Schriften und religiösen Überlieferungen Intuitionen von Verfehlung und Erlösung, vom rettenden Ausgang aus einem als heillos erfahrenen Leben artikuliert, über Jahrtausende hinweg subtil ausbuchstabiert und hermeneutisch wachgehalten worden". Vgl. auch ders. Glauben und Wissen, 2001.

¹⁵⁴ Aus theologischer Sicht: *H. Bedford-Strohm* Geschenkte Freiheit. Von welchen Voraussetzungen lebt der demokratische Staat, Zeitschrift für Evangelische Ethik 49 (2005), 248 ff.; *ders.* Nurturing reason: The public role of religion in the liberal state, in: Ned Geref Theologiese Tydskrif 48 (2007), 25 ff.

¹⁵⁵ BVerfGE 19, 206 (216); 108, 282 (299).

Leitsätze der 1. Berichterstatterin über:

Religiöse Freiheit als Gefahr?

I. Einführung

- (1) Über Jahrzehnte herrschte ein positives Bild von Religion in der juristischen Diskussion vor. Gefährlich schien nicht die Religion selbst, sondern ihre Abwesenheit. Seit den neunziger Jahren hat sich dies verändert. Die Religionsverfassung oder jedenfalls ihre religionsfreundliche Auslegung gerät zunehmend unter Rechtfertigungsdruck.
- (2) Als Hauptgefahrenquelle wird der Islam wahrgenommen. Gegenüber pauschalen Zuschreibungen ist jedoch Vorsicht geboten.
- (3) Die Frage nach dem Umgang mit den Gefahren von Religion lässt sich nicht beantworten, ohne grundsätzlich zu klären, welchen Raum Religion im freiheitlichen Staat einnehmen soll. Zu untersuchen ist insbesondere, ob der Staat das Verhältnis zur Religion ohne Ansehen der einzelnen Glaubensrichtung bestimmen muss oder inwieweit er die Gemeinwohlverträglichkeit einer Religion beurteilen und berücksichtigen darf.

II. Religionsverfassung unter Bedingungen religiöser Vielfalt

- (4) Die Religionsverfassung wurde vor dem Hintergrund einer sehr dominanten Stellung der christlichen Kirchen geschaffen. In diesem Sinne kann man die Vorstellungswelt der Väter und Mütter des Grundgesetzes als Verfassungsvoraussetzung bezeichnen, fraglich sind die Folgen ihrer Erosion.
- 1. Freiheitsrechtlicher Gehalt der Religionsfreiheit

a) Schutzbereich

(5) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird Art. 4 Abs. I und 2 GG als einheitliches Grundrecht verstanden und extensiv ausgelegt. Daran ist festzuhalten. Insbesondere ist eine Beschränkung auf Kultus- und Bekenntnisfreiheit im engeren Sinne abzulehnen, weil sie dem Schutzversprechen der Religionsfreiheit nicht gerecht wird.

(6) Das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers hat maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung des geschützten religiösen Verhaltens. Dabei ist zu beachten, dass gerade die großen Religionen verschiedene Strömungen in sich tragen. Jede dieser Strömungen genießt den vollen Schutz der Glaubensfreiheit.

b) Beschränkbarkeit

(7) Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV können de constitutione lata nicht als Gesetzesvorbehalt für Art. 4 Abs. 1 GG herangezogen werden. Der Sache nach wäre es indes sinnvoll, einen Gesetzesvorbehalt einzuführen. Ob dies freilich in der Praxis zu vom gegenwärtigen Zustand sehr verschiedenen Ergebnissen führen würde, erscheint zweifelhaft.

2. Gleichheitsrechtlicher Gehalt der Religionsfreiheit

- (8) Nur im säkularisierten, religiös-weltanschaulich neutralen Staat kann Religionsfreiheit umfassend gewährleistet werden. Der religiös gebundene Staat kann andere Religionen zwar tolerieren. Vollständige Religionsfreiheit verlangt aber, dass sich der Staat enthält, den Glauben der Bürgerinnen und Bürger zu bewerten und keinen Einfluss darauf nimmt, welcher Religion sie anhängen.
- (9) Gleichheit in religiösen Fragen setzte sich in der Geschichte der Menschenrechte wie auch in der Bundesrepublik Deutschland erst allmählich durch.
- (10) Die "strikte Gleichbehandlung" der verschiedenen Glaubensrichtungen ist zentral für die volle Mitgliedschaft aller Menschen im Gemeinwesen. Behandelt der Staat eine bestimmte Religion als höherwertig gegenüber einer anderen, degradiert er die Angehörigen anderer Religionen zu Bürgern zweiter Klasse und grenzt sie aus. Um dieses Recht auf gleiche Anerkennung geht es in der Kruzifix-Entscheidung.

3. Konsequenzen für die kollektiven Gehalte

- (11) Unter Bedingungen religiöser Vielfalt wird die innere Widersprüchlichkeit des Kompromisses bei der Verfassungsgebung sichtbar: Einerseits sollen alle Religionen gleich behandelt werden, andererseits orientiert sich das institutionelle Design an der tradierten Stellung der christlichen Großkirchen.
- (12) Die Prüfung der Voraussetzungen für die Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts steht vor einem de constitutione lata unauflösbaren Dilemma: Während es aus Gleichheitsgründen richtig ist, geringe

Anforderungen an die Erreichung des Status zu stellen, ist es gleichzeitig problematisch, Vereinigungen an der durch das Grundgesetz konstituierten öffentlichen Gewalt teilhaben zu lassen, die sich der Verfassung nicht verpflichtet fühlen.

(13) Einziger gleichheitskonformer Ausweg aus dem Dilemma ist die Abschaffung des Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Freilich ist sorgfältig zu prüfen, wie ein neuer Status für Religionsgemeinschaften, insbesondere auch in finanzieller Hinsicht, ausgestaltet werden soll.

4. Fazit

- (14) Eine stärker gleichheitsgeprägte Deutung der Religionsverfassung lässt sich ohne methodische Brüche entwickeln.
- (15) Es entspricht der Logik universal formulierter Gleichheitssätze, dass Ausschlüsse von Gruppen nicht länger Bestand haben, die die Verfassungsgeber noch für selbstverständlich hielten. Diese Dynamik gilt auch für die Gleichheit in religiösen Fragen.

III. Folgerungen für den Umgang mit Gefahren

1. Religiöser Fundamentalismus

- (16) Dem religiös-weltanschaulich neutralen Staat ist es untersagt, Religionen nach ihrem Inhalt zu bewerten. Dies gilt grundsätzlich auch für fundamentalistische Strömungen.
- (17) 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 als politische Gruppen zu behandeln. Wann und in welcher Weise der Staat gegen Terroristen vorgehen darf, wirft keine religionsspezifischen Fragen auf.

2. Religiöse Vielfalt

(18) Das Konfliktpotential, das religiöse Vielfalt mit sich bringt, lässt sich mindern, ausschließen lässt es sich nicht. Der Weg zurück zum religiös geprägten Staat, in dem alle Einwohner demselben Glauben anhängen, ist verschlossen.

a) Laizismus

(19) Der Weg in den Laizismus scheidet aus, weil er dem freiheitsrechtlichen Gehalt der Religionsfreiheit widerspricht.

b) Privilegierung des Christentums

- (20) Eine Privilegierung des Christentums als Religion ist verfassungsrechtlich unzulässig. Soweit Landesverfassungen christliche Bezüge aufweisen, sind sie von Bundesverfassungsrecht überlagert.
- (21) Eine Privilegierung christlicher "Traditionen" und "Werte", wie sie in den Kopftuchgesetzen einiger Länder zu finden ist, lässt sich nicht unter Berufung auf eine von Glaubensinhalten losgelöste Kultur rechtfertigen.

c) Ausnahmen vom allgemeinen Gesetz

- (22) Ausnahmen vom allgemeinen Gesetz können zu einer Zersplitterung der Rechtsordnung und einer übermäßigen Einschränkung politischen Gestaltungsspielraums führen.
- (23) Doch wirft eine ausnahmslose Durchsetzung der allgemeinen Gesetze neue Gleichheitsprobleme auf, indem sie zu einer Benachteiligung von Angehörigen religiöser Minderheiten führt. Die Glaubensfreiheit ist insoweit funktional äquivalent zur Rechtsfigur der mittelbaren Benachteiligung.
- (24) In die Prüfung der Ausnahmen müssen alle betroffenen Positionen einbezogen werden. Insbesondere ist der Grundsatz der Gleichberechtigung von Männern und Frauen zu beachten.
- (25) Ausnahmen für religiöse Gruppen können neue Gleichheitsprobleme aufwerfen. Der Gesetzgeber sollte die Gesetze so gestalten, dass Ausnahmen aus religiösen Gründen entbehrlich sind.

3. Unterdrückung durch Religion

- (26) Im Verhältnis zwischen Religionsgemeinschaften und ihren Mitgliedern besteht die Gefahr der Unterdrückung. Im freiheitlichen Staat müssen Dominanzstrukturen in gewissen Grenzen hingenommen werden, wenn die Mitgliedschaft in der Religionsgemeinschaft freiwillig ist.
- (27) Die Rechte von Kindern und Jugendlichen hat der Staat aufgrund seines Wächteramtes auch gegenüber den Eltern zu schützen.
- (28) Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften findet auch dort seine Grenze, wo fundamentale Rechte der Mitglieder beschnitten werden.
- (29) Problematisch ist der Rückzug staatlichen Rechts zugunsten religiöser Gruppen, insbesondere im Familienrecht.
- (30) Religiöse Freiheit darf nicht dazu führen, dass Freiheitsrechte in bestimmten Gegenden faktisch außer Kraft gesetzt werden.

IV. Fazit

- (31) Es wäre falsch, den freiheitsrechtlichen Gehalt der Religionsverfassung aus Angst vor imaginierten oder realen Gefahren zu beschränken. Religion darf nicht aus dem öffentlichen Raum verdrängt werden, sondern ist eine wichtige Ressource für den demokratischen Diskurs.
- (32) Das gleichheitsrechtliche Potential der Religionsverfassung sollte weiter entfaltet werden. Inklusion statt Exklusion muss die Zielrichtung sein.

Erster Beratungsgegenstand:

Religiöse Freiheit als Gefahr?

2. Bericht von Professor Dr. Christoph Möllers, Göttingen*

Inhalt

I.	Einführung: Methodische Risiken eines unvermeidlichen
	Themas
II.	Staatstheorie: Verfassungsvoraussetzungen als Grundlage
	der Religionsfreiheit?
	1. Verfassungsvoraussetzung: Zur Kritik einer Konzeption
	2. Säkularität und Neutralität des Staats als Verfassungs-
	voraussetzung?
	3. Komplementäres Gegenmodell: Kulturelle Identität als
	Verfassungsvoraussetzung?
III.	Verfassungstheorie: Freiheit - Gefahr - Religion - Recht .
	1. Freiheit und Freiheitsgefährdung: Verfassungstheore-
	tischer Ausgangspunkt
	2. Fundamentalismus als religionsspezifisches Phänomen .
	3. Die öffentliche Rolle von Religion im Grundgesetz
	4. Zur Aufgabe des Rechts
IV.	Verfassungsrecht: Religionsfreiheit und Gefahrenbegriff
	1. Schutzbereich – Eingriff – Gesetz
	a) Kein Grundrechtswandel durch "Verfassungs-
	wandel"
	b) Konturierte Gewährleistung
	c) Hohe Eingriffsschwelle
	d) Rolle des Gesetzgebers - Anwendungsvorrang des
	Verwaltungsrechts

^{*} Für Rat, Diskussion und Anregungen danke ich Michael Heinig, Ansgar Hense, Oliver Lepsius und Christian Waldhoff, für die Anforderung von Ergänzungen Christoph Schönberger, für praktische Hilfe schließlich Johannes Bethghe und Marie Miermeister.

Christoph Möllers

2. Gefährdungstypen im Verhältnis zur Religionsfreiheit	80
a) Gefährdungen durch Gegner der Ordnung im	
Ganzen	81
b) Gefährdungen anderer Sicherheitsbelange	82
c) Gefährdungen der demokratischen Gemeinschafts-	
bildung	84
d) Gefährdung der Selbstdarstellung des demokra-	
tischen Rechtsstaats?	85
3. Ein übernationales Religionsgefahrenabwehrrecht?	86
V. Ausblick	87

I. Einführung: Methodische Risiken eines unvermeidlichen Themas

Begründet religiöse Freiheit eine Gefahr für unsere Verfassungsordnung? Ist sie gar, wie der Zusammenhang zwischen Tagungsgegenstand und Vortragsthema suggeriert, als ein Beitrag zur Erosion von Verfassungsvoraussetzungen zu verstehen? Solche Fragen lassen sich nicht ohne methodische Risiken beantworten. Die Funktionsbedingungen einer Ordnung definieren sich nach anderen Regeln als diese Ordnung selbst. Außen- und Innensicht folgen unterschiedlichen Gesetzen. Dies macht jeden Beitrag zur Aufklärung von Voraussetzungen und Gefährdungen der Verfassung zu einer methodischen Gratwanderung.

Freilich können wir uns dieser Aufklärung nicht einfach entziehen. Denn Vorstellungen von den Geltungsbedingungen der Verfassung bleiben unweigerlich Teil unseres Umgangs mit ihr.¹ Die Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht daher nicht darin, solche Hintergrundannahmen zu vermeiden oder zu verdecken. Sie muss sie vielmehr ausdrücklich machen, auf ihre Stimmigkeit überprüfen, korrigieren und in methodische Schranken weisen.²

Im Religionsrecht erscheint dies besonders notwendig: Wie Klaus Schlaich bemerkte, hat es "eine besondere Anfälligkeit für globale Prinzipien und Schlagworte"³. Staatstheorie schlägt hier nicht selten in Weltanschauung um, wissenschaftliche *Er*kenntnis in ein *Be*kenntnis.⁴ Das

¹ Mit Kelsen kann man dies mit sehr guten Gründen auch anders sehen und die Frage der Geltungsbedingungen aus der Diskussion des positiven Rechts verbannen: *H. Kelsen* Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934 (ed. Jestaedt, 2008), 77f. Freilich stellt sich die Frage, ob sich diese Zurückdrängung auf die Meta-Ebene der Grundnorm nicht doch wiederum auf der Interpretationsebene ventiliert – gerade mit Blick auf die textlich wenig determinierte Auslegung von Grundrechten scheint dies der Fall zu sein.

² In diesem Sinne wohl auch *M. Morlok* Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, 128 ff.

³ K. Schlaich Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, 129. Zur Begriffswahl des Rechtsgebietes: A. Hense Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht: Mehr als ein Streit um Begriffe?, in: Haratsch/Jans/Rademacher/Schmahl/Weiß (Hrsg.), Religion und Weltanschauung im säkularen Staat, 2001, 9.

⁴ Nicht selten ist es ein Bekenntnis von "Fachbrüdern". Von einer "geschlossenen Gesellschaft" spricht *M. Stolleis* Eine neue Bilanz des Staatskirchenrechts, ZevKR 41 (1996), 435 (437). Vgl. auch den lohnenden, aber skeptischen Überblick bei *H. Zwirner* Besprechung ZevKR 23 (1978), 429. Ähnlich, wenn auch affirmativ die Beobachtung bei *J. Isensee* Die Zukunftsfähigkeit des deutschen Staatskirchenrechts, FS Listl, 1999, 67 (68). Zum Begriff Fachbrüderschaft: *F. Wagener* Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVDStRL 37 (1978), 215 (216). Heute würde man positiver von "epistemic communities" sprechen, ohne dass das Problem einer von eigenen Interessen geleiteten Fachdiskussion gelöst wäre. Es wird für das Religionsrecht deutlich ausgesprochen

staatliche Religionsrecht wirkt daher wie das eigentlich "politische" Recht unserer Tage,⁵ das Gebiet, in dem die Rechtsordnung die Identität unserer Gesellschaft offenbart, nah an aktuellen Auseinandersetzungen,⁶ weit entfernt von allgemeinen juristischen Lehren.⁷

Mein Vortrag wird dieser theoretischen Aufladung mit Skepsis begegnen – geleitet von der Überzeugung, dass die Rechtswissenschaft weltanschauliche Konflikte nicht abzubilden, sondern mit eigenen Differenzierungen kleinzuarbeiten hat.⁸

Dies soll in einer Bewegung vom allgemeinen Gegenstand der Tagung, den Verfassungsvoraussetzungen, zum spezielleren Thema dieses Vortrags, den Gefahren der Freiheitsausübung in Religionsangelegenheiten, in drei Schritten geschehen: einer Kritik staatstheoretischer Voraussetzungslehren (II.), einer positiven Formulierung bescheidener verfassungstheoretischer Grundlagen zur Lösung des Problems (III.) und schließlich einer Analyse des Rechts von Religionsfreiheit und Gefahrbegriff (IV.).

bei *H. Quaritsch* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 26 (1968), 111 ff. Bei aller Kritik sind aber zwei Ebenen zu unterscheiden, die bei Quaritsch zusammenfallen: das methodische Gebot einer religiös unparteiischen Verfassungsinterpretation und die sachliche Frage, ob nicht auch eine solche unparteiische Interpretation des Grundgesetzes der Religion einen besonderen öffentlichen Raum zuweist, auch insoweit skeptisch *H. Quaritsch* Kirchen und Staat, Der Staat 1 (1962), 289.

⁵ Zur Charakterisierung als politisches Recht abgewogen: *J. Isensee* Verfassungsrecht als "politisches" Recht, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1. Aufl. 1992, § 162. Zum begrenzten juristischen Nutzen: *J. Kokott* Der Begriff "politisch" im Normzusammenhang nationalen und internationalen Rechts, ZaöRV 51 (1991), 603 (629 ff.); *M. Heintzen* Auswärtige Beziehungen privater Verbände, 1987, 209 ff.

⁶ Zu Beispielen und dem problematischen Umgang mit Verfassungswandel in diesem Zusammenhang, unten, IV., 1., a).

⁷ Das Anliegen, zu allgemeinen Lehren zurückzufinden auch bei *C. Classen* Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003, 1 ff. Allgemein zum Problem von Spezialdogmatiken ohne Anbindung an allgemeine Lehren: *E. Schmidt-Aβmann* Allgemeines Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 7 ff.

⁸ N. Luhmann Legitimation durch Verfahren, 1975, 121 ff. Der Versuch einer Anwendung für das Grundgesetz bei C. Möllers Gewaltengliederung, 2005, 41 ff., 94 ff. Ein ähnliches Argument demokratietheoretischer Provenienz findet sich bei C. R. Sunstein One Case at a Time, 1999, 24 ff.

II. Staatstheorie: Verfassungsvoraussetzungen als Grundlage der Religionsfreiheit?

1. Verfassungsvoraussetzung: Zur Kritik einer Konzeption

Mit der Kategorie der Verfassungsvoraussetzung kennzeichnete ihr Erfinder, Herbert Krüger, die Bedingungen des Funktionierens einer Verfassung. Insbesondere wurde der "Staat" selbst als Verfassungsvoraussetzung bezeichnet, eine Annahme, die gerade für das Religionsrecht von Bedeutung ist. Freilich provoziert die Kategorie Verfassungsvoraussetzung zwei grundsätzliche Anfragen: Wie können wir solche faktischen Voraussetzungszusammenhänge mit der angemessenen Eindeutigkeit nachweisen? Und was sollte, wenn es sie denn gibt, aus ihnen normativ folgen?

Der Begriff der Voraussetzung bezeichnet etwas anderes als "Sachverhalt": Jede Norm bezieht sich auf einen solchen Sachverhalt, von dessen faktischer Entwicklung ihre Anwendung abhängt.¹⁴ Auch kann die Funktionsfähigkeit von Institutionen Inhalt einer Norm werden wie der Schutz der Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages im Wahl-

⁹ H. Krüger Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, FS Scheuner, 1973, 285 (291 ff.). Beispielsweise in dieser Linie: D. Murswiek Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, 106; K. Vogell C. Waldhoff in: Dolzer/Vogel/ Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: August 2008, Vorb. z. Art. 104a-115, Rn. 285.

¹⁰ Krüger Verfassungsvoraussetzungen (Fn. 9), 293 ff. Entsprechend etwa E.-W. Böckenförde Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs (1969), in: Recht, Staat, Freiheit, 1991, 143 (168f.); J. Isensee Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 1992, § 115, Rn. 105 f.; ders., Staat und Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, 1. Aufl. 1987, § 13 Rn. 1, 17; P. Kirchhof Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, 1. Aufl. 1987, § 19 Rn. 49 ff.; Murswiek Verantwortung (Fn. 9), 103 f.

¹¹ Unten, II., 2.

¹² Zur Kritik bereits: C. Möllers Staat als Argument, 2000, 256 ff.

¹³ Konkrete Relevanz bekommt die Frage nach der normativen Bedeutung von Voraussetzungen in BVerfGE 102, 370 (397), wo das Gericht die negative Einstellung der Zeugen Jehovas gegenüber der Teilnahme an Wahlen nicht als zulässiges Argument gegen die Verleihung des Körperschaftsstatus bewertet, weil sich diese nicht gegen den "normativen Gehalt", sondern lediglich gegen die "tatsächlichen Voraussetzungen" des Demokratieprinzips wende.

¹⁴ F. Müller Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl. 1994, v.a. 147 ff., 184 ff., 230 ff., 431 ff.; ders. / R. Christensen Juristische Methodik, Grundlagen Öffentliches Recht Band 1, 2004, 163 ff.

recht.¹⁵ Doch betrifft die Kategorie der Verfassungsvoraussetzung¹⁶ eben *nicht* die Funktionsfähigkeit einzelner Normen oder Institutionen, sondern die Verfassung im Ganzen. Die Kategorie kennt keinen Bezug auf konkrete Regeln und kein differenziertes Reaktionsrepertoire.¹⁷ Beides sind aber typische Eigenschaften juristischer Rationalität. Sie kennt stattdessen nur das Entweder-Oder von Geltung oder Ausfall der gesamten Ordnung¹⁸ und erweist sich so als typisches Kind deutscher Verfassungserfahrungen, nämlich des Wechsels der Verfassungsordnungen vor dem Hintergrund eines gleichbleibenden staatlichen Rechtssubjekts.¹⁹ Der Begriff Verfassungsvoraussetzung ist deswegen im Rechtsvergleich gänzlich unbekannt.²⁰

Können wir ihn für das Verständnis der Religionsfreiheit verwerten? Auch wenn auf den ersten Blick Skepsis geboten scheint, ist diese Frage erst nach einem genaueren Blick auf zwei religionsspezifische Anwendungen zu beantworten: die Voraussetzung des säkularen neutralen Staates (2.) und diejenige einer christlich geprägten kulturellen Identität (3.).

 ¹⁵ BVerfGE 1, 208 (247 f.); 4, 31 (40); 6, 84 (92, 93 f.); 51, 222 (236); 82, 322 (338); 95,
 335 (366). Dazu nur *M. Morlok* in: Dreier (Hrsg.), GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 38, Rn. 107.
 Kritisch *R. Streinz* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Kommentar II, 2. Aufl. 2005, Art. 21, Rn. 57, 134 ff.

¹⁶ Voraussetzung ist eben ein Synonym für "Bedingung" oder "Notwendigkeit", Grimms Wörterbuch, Zwölfter Band, II., 1851, Sp. 846.

¹⁷ Nicht zufällig bleibt das Interesse an den empirisch erkennbaren Bedingungen des Funktionierens einer Verfassungsordnung in den Diskussionen der Verfassungsvoraussetzung verschwindend gering. Vgl. als mögliche Ansatzpunkte A. L. Stinchcombe When Formality works, 2001, 76 ff.; J. G. March/M. Schulz/X. Zhou The Dynamics of Rules. 2000. 83 ff.

¹⁸ Man könnte auch formulieren: Die Theorie scheitert an ihrem Anspruch der Realitätsbeschreibung, weil sie sofort wieder in juristische Geltungskategorien verfällt. Zu diesem Problem: *W. Lübbe* Legitimität kraft Legalität, 1991, 25 ff.

¹⁹ Dies paart sich mit dem im Vergleich ungewöhnlichen, für Deutschland typischen vermeintlich realistischen Ausgriff der Verfassungsbegrifflichkeit, die mit Kategorien wie Verfassungswirklichkeit oder materieller Verfassung die Diskussion bis in die Gegenwart prägt: R. Smend Verfassung und Verfassungsrecht, 1927; F. Lasalle Ueber Verfassungswesen, 1862. Zu einer am angelsächsischen Pragmatismus inspirierten Kritik an diesen Kategorien: W. Hennis Verfassung und Verfassungswirklichkeit: ein deutsches Problem, 1968, 11 ff. Dagegen bei sonst unterschiedlichem Staatsverständnis: E.-W. Böckenförde Rezension, Der Staat 10 (1971), 533; K. Hesse Buchbesprechung, AöR 96 (1971), 137.

²⁰ Für diesen Hinweis danke ich Georg Nolte.

2. Säkularität und Neutralität des Staats als Verfassungsvoraussetzung?

Ernst Wolfgang Böckenfördes berühmtes Diktum vom Staat, der seine Voraussetzungen nicht garantieren könne,²¹ stellt moderne Verfassungen, also auch die Ordnung des Grundgesetzes, in eine direkte Entwicklungslinie zur modernen frühneuzeitlichen Staatsentstehung.²² Es interpretiert unsere Ordnung als Produkt der Säkularisierung, der Distanzierung und wechselseitigen Befreiung von Politik und Religion im Ausgang der religiösen Bürgerkriege²³. Einer solchen Deutung entspricht auch Georg Jellineks These von der Religionsfreiheit als erstem modernen Grundrecht:²⁴ Die gleiche Freiheit der Religionsausübung hält den Staat in neutraler Äquidistanz zu verschiedensten Bekenntnissen.²⁵ Re-

²¹ E.-W. Böckenförde Die Entstehung des Staats als Vorgang der Säkularisierung, FS Forsthoff, 1964, 75 (93), neu aufgelegt in E.-W. Böckenförde Der säkularisierte Staat, 2007, 43 ff. Eine sehr differenzierte Ergänzung: ders. Stellung und Bedeutung der Religion in der "Civil Society", in: Staat, Nation, Europa, 1999, 256 (266 ff.). Grundlegend zu einer systematischen Kritik an dem erstaunlich unbestrittenen Diktum: H. M. Heinig Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, 39 ff.

²² Zur Historisierung dieses Modernitätsbegriffs: S. Skalweit Der "moderne Staat". Ein historischer Begriff und seine Problematik, 1975. Zur Vielfältigkeit der historischen Entwicklung, die die Bedeutung des Staatskirchentums auch noch deutlich nach den konfessionellen Bürgerkriegen hervorhebt: W. Reinhard Geschichte der Staatsgewalt, 1999, 259 ff.

²³ Nachweise bei Möllers Staat als Argument (Fn. 12), 214 ff.

²⁴ G. Jellinek Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1895, dazu: M. Stolleis Georg Jellineks Beitrag zur Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte, in: S. Paulson/M. Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek - Beiträge zu Leben und Werk, 2000, 103; P. Badura Diskussionsbeitrag, VVDStRL 59 (2000), 319f. Kritisch M. Kriele Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl. 2003, 110 ff.; ders., Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte, FS Scupin, 1973, 187 (196ff.); H. Hofmann Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen, JuS 1988, 841 (845); abwägend G. Zimmermann Religionsgeschichtliche Grundlagen des modernen Konstitutionalismus, Der Staat 30 (1991), 393. Hinter der Jellinekschen Konstruktion steht augenscheinlich auch ein Stück deutscher (und protestantischer) Selbstrechtfertigung, namentlich gegenüber der französischen Demokratie, die in Form der Theorie Rousseaus in Jellineks Überlegungen kritisiert wird, zum Hintergrund: F. W. Graf Puritanische Sektenfreiheit versus lutherische Volkskirche. Zum Einfluß Georg Jellineks auf religiongsdiagnostische Deutungsmuster Max Webers und Ernst Troeltschs, Zeitschrift für neuere Theologiegeschichte 9 (2002), 42. Bereits vor Jellinek sah allerdings ein Franzose die Religionsfreiheit als "première des nos libertés": Tocqueville. Dazu O. Hidalgo Unbehagliche Moderne, 2006, 349 in

²⁵ Solche Neutralität ließe sich freilich auch mit der Kategorie staatlicher Toleranz erreichen, die aber einem demokratischen Rechtsstaat, in dem sich Bürger Rechte geben, unangemessen erscheint. Versuche der Wiederbelebung des Toleranzgedankens können den Verdacht der Refeudalisierung der Rechtsordnung daher schwer loswerden, vgl. etwa K.-H. Ladeur/ I. Augsberg Toleranz – Religion – Recht, 2007, 28 ff. Kritisch wie

ligiöse Neutralität ist dem Idealtyp des Staates damit historisch notwendig einbeschrieben.

Der Grundsatz staatlicher *Neutralität* hat denn auch für das Grundgesetz in Wissenschaft²⁶ und Rechtsprechung²⁷ Anerkennung gefunden. Im Rechtsvergleich ist auch dies keine Selbstverständlichkeit.²⁸ Von der Geschichte der Staatsentstehung über die Theorie der Verfassungsvoraussetzung zur Dogmatik des Grundgesetzes scheint es nur ein kleiner Schritt zu sein – so verdächtig klein, dass kritische Nachfragen gestattet sein mögen, die sich an unseren Überlegungen zum Begriff der Verfassungsvoraussetzung orientieren können:

Zunächst wäre zu rechtfertigen, warum aus der Entstehungsgeschichte einer Ordnung Schlüsse auf ihre normative Verfasstheit zu ziehen sind.²⁹ Selbst wenn das Konzept der Säkularisierung³⁰ als Beschreibung eines historischen Vorgangs tragen könnte,³¹ wäre nicht klar, welche Bewer-

hier: G. Roellecke Religion – Recht – Kultur und die Eigenwilligkeit der Systeme, 2007, 16; M. Heimbach-Steins Religionsfreiheit – mehr als Toleranz, Ethica 17 (2009), i.E.

²⁶ Theoretisch eigenständig begründet bei S. Huster Die ethische Neutralität des Staates, 2002. Das Buch von Schlaich Neutralität (Fn. 3), das in diesem Zusammenhang oftmals zitiert wird, erweist sich als in seinen wesentlichen Teilen kritisch. Der Begriff wird auf andere Normbestände zurückgeführt und entsprechend klein gehalten.

²⁷ Seit BVerfGE 19, 206 (216) aus einer Gesamtschau von Art. 4 Abs. 1, 3 Abs. 3, 33 Abs. 3 GG sowie Art. 136 Abs. 1, 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG. Dem folgend BVerfGE 24, 236 (247f.); 33, 23 (28); 66, 1 (19f.); 93, 1 (16f.); 102, 370 (383); 105, 279 (294); 108, 282 (301, 302). Die Formulierung vom Staat als "Heimstatt aller Staatsbürger" in BVerfGE 19, 206 (216) behält ihren Reiz, kann aber doch über die Differenziertheit der zu entscheidenden Konflikte nicht hinweghelfen. In BVerfGE 18, 385 (386) ist von Neutralität noch nicht die Rede.

²⁸ Im amerikanischen Verfassungsrecht ist die Kritik an Neutralität weit verbreitet, vor allem aber gibt es kein verfassungsrechtliches Neutralitätsprinzip. In europäischen Rechtsordnungen wird man dies namentlich außerhalb des Religionsrechts vergebens suchen, vgl. zur Übersicht: C. R. Sunstein The Partial Constitution, 1993, 68 ff., Zweifel an der Reichweite des Arguments dort aber bei Huster Neutralität des Staates (Fn. 26), 99 in Anm. 224.

²⁹ In der Formulierung Blumenbergs ist dies die Frage nach Legitimität der Neuzeit, die eine ausdrückliche Kritik am Konzept der Säkularisierung enthält, welche sich nicht zuletzt an Carl Schmitt abarbeitet: *H. Blumenberg* Legitimität der Neuzeit, 2. Aufl. 1988, 99 ff., um den Begriff der Säkularisierung dreht sich auch *H. Blumenbergl C. Schmitt* Briefwechsel, 2007.

³⁰ Kritisch mit Blick auf die Vieldeutigkeit des Konzepts aus juristischer Sicht *M. Droege* Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004, 123 ff.

³¹ Eine Überschätzung und problematische Aktualisierung der Frühneuzeit in der juristischen Debatte bemerkt auch *M. Heckel* Das Bekenntnis – ein Vexierbild des Staatskirchenrechts?, FS Hollerbach, 2001, 657 (667 f.).

tung aus dieser Beschreibung folgen sollte. Warum muss sich eine demokratische Ordnung einer historischen Verlaufshypothese fügen?

Dies gilt umso mehr, da pauschale Säkularisierungskonzepte³² heute in den Geschichts- und Sozialwissenschaften mehr und mehr umstritten sind.³³ Unzweifelhaft hat sich die Bedeutung von Religion für die öffentliche Ordnung stark gewandelt. Wir können uns heute eine politische Ordnung ohne Religionsbezug vorstellen.³⁴ Aber das bedeutet eben nicht, dass wir von einem staatlichen Idealtyp ausgehen sollten, in dem die öffentliche Gewalt verweltlicht und Religion ausschließlich als private Freiheit in Erscheinung tritt. Nicht allein die deutsche Situation,³⁵ auch die Verfassungsgeschichten Skandinaviens,³⁶ Englands,³⁷ Spaniens³⁸

³² Zur Vieldeutigkeit des juristischen Säkularisierungsbegriffs: *M. Heckel* Kontinuität und Wandlung des deutschen Staatskirchenrechts unter den Herausforderungen der Moderne, ZevKR 44 (1999), 340 (371 f.).

³³ Aus der ständig wachsenden kritischen Literatur zum Säkularisierungsbegriff grundlegend vergleichend: *J. Casanova* Public Religion in the Modern World, 1994, weiter: *P. L. Berger* (Hrsg.), The Desecuralization of the World, 1999; *P. Norris/R. Inglehart* Secular and Sacred, 2004; *D. Pollack* Säkularisierung – ein moderner Mythos?, 2003; *H. Joas* Säkularisierung und die Weltreligionen, 2. Aufl. 2007; *M. Burleigh* Earthly Powers 2007; *M. Lilla* The Stillborn God, 2007; *H. Lehmann*, Säkularisierung – der europäische Sonderweg in Sachen Religion?, in: Säkularisierung – der europäische Sonderweg in Sachen Religion?, 2004, 14. Zur politischen Verwendbarkeit des Säkularisierungsbegriffs: *H. Lübbe* Säkularisierung: Geschichte eines ideenpolitischen Begriffs, 3. Aufl. 2003.

³⁴ Diese Vorstellbarkeit einer religionslosen Welt ist der argumentative Ausgangspunkt zur Reformulierung des Begriffs in der ausgreifenden Untersuchung von *C. Taylor* The Secular Age, 2007, 3 f.

³⁵ Differenziert zur Säkularisierung, die immer mit der Konfessionalisierung zusammen gesehen werden muss: *M. Heckel* Vom Religionskonflikt zur Ausgleichsordnung, 2007, 28 ff.; *M. Stolleis* "Konfessionalisierung" oder "Säkularisierung" bei der Entstehung des frühmodernen Staates, Ius Commune XX (1993), 1. Dies gilt übrigens auch für die stark konfessionell geprägte Entstehung der Wissenschaft vom öffentlichen Recht: *M. Stolleis* Glaubensspaltung und öffentliches Recht, in: Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, 1990, 268 (274 ff.). Vgl. auch *H. Dreier* Kanonistik und Konfessionalisierung, JZ 2002, 1 (6ff.). Zur Verweltlichung der Staatstheorie im deutschen Fall: *M. Stolleis* Säkularisation und Staatsräson in Deutschland um 1600, in: Dilcher/Staff (Hrsg.), Christentum und modernes Recht, 1984, 96. Skeptisch zur ganzen Konstruktion auch *H. Hofmann* Recht, Politik und Religion, JZ 2003, 382 mit der Feststellung: "Der absolutistische Modellstaat Ludwig XIV. ist nicht der Staat des Toleranz-Edikts von Nantes (1598), sondern der Staat der Aufhebung dieses Edikts (1685)."

³⁶ Dazu etwa J. Stenbæk Staat und Kirche in Dänemark, ZevKR 45 (2000), 221.

³⁷ Dazu A. v. Ungern-Sternberg Religionsfreiheit in Europa, 2008, 15 f. (151 ff.), mwN.

³⁸ M. J. Roca Über die gegenwärtigen Beziehungen zwischen Staat und Kirche in Spanien, Essener Gespräche 40 (2007), 127; dazu auch S. Mückl Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005.

oder Griechenlands³⁹ lassen sich in Europa schwerlich als gerader Weg fortschreitend säkularisierter Staatlichkeit erklären. Gleiches gilt für die Vereinigten Staaten⁴⁰ und Indien,⁴¹ in denen der säkulare Charakter der Ordnung bis heute sehr umstritten ist. Israel hat sich ausdrücklich für ein anderes Modell entschieden.⁴² Es erscheint unangemessen, wenn nicht anmaßend, all diese Fälle einfach als Ausnahmen abzutun.⁴³

Wenn Rechtsvergleich sich auch als Kultur- und Kontextvergleich verstehen muss,⁴⁴ dann ist die Säkularisierungsthese jedenfalls in ihrer zugespitzten Form als staatstheoretischer Idealtyp kaum haltbar. Dies ist auch für das internationale Recht von Bedeutung, in dem die Unterscheidung zwischen säkularen und nicht-säkularen Staaten für den Schutz der Religionsfreiheit *keine* greifbare Rolle spielt.⁴⁵ Eine solche Überlegung zeigt im übrigen exemplarisch den Wert des Vergleichs für die Staatstheorie. Der Vergleich kann uns lehren, dass grundsätzlich daherkommende Paradigmen unserer Tradition stärker verhaftet sind, als die Allgemeinheit der Kategorien suggeriert.⁴⁶ Wie allgemein die Allgemeine Staatslehre ist, bleibt immer wieder zu überprüfen.

Für das Grundgesetz bleibt zu rechtfertigen, inwieweit eine demokratisch legitimierte staatliche Ordnung überhaupt neutral sein *darf.* Legitimation entsteht in der Ordnung des Grundgesetzes wie aller demokra-

³⁹ Th. Antoniou Das Verhältnis zwischen Staat und Kirche in Griechenland, Essener Gespräche 40 (2007), 157.

⁴⁰ Aus der schwer überschaubaren neueren Literatur, die immer auch die aktuelle Auseinandersetzung abbildet: *N. Feldman* Divided by God, 2005, 19 ff., *M. Nussbaum* Liberty of Conscience, 2008, 306 ff.

⁴¹ E. Rieger Staat und Religion in Indien, Jus ecc. 2004, 76.

⁴² B. E. Genut Competing Visions of the Jewish State: Promoting and Protecting Freedom of Religion in Israel, Fordham International Law J. 19 (1996), 2120; A. Rosen-Zvi Freedom of Religion: The Israeli Experience, ZaöRV 46 (1986), 212. Vgl. auch die Beiträge in: W. Brugger/M. Karayanni (Hrsg.), Religion in the Public Sphere: A Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law, 2007.

⁴³ Heckel Ausgleichsordnung (Fn. 35), redet im Untertitel vom "Sonderweg des deutschen Staatskirchenrechts", aber der Vergleich bringt eigentlich nur Sonderwege zutage.

⁴⁴ R. Wahl Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung, FS Quaritsch, 2000, 163.

⁴⁵ Überzeugend: *C. Walter* Religionsfreiheit in säkularen im Vergleich zu nichtsäkularen Staaten: Bausteine für ein integratives internationales Religionsrecht, in: BDGesVR 43 (2007), 253 (255ff.).

⁴⁶ Ein Problem der ganzen Allgemeinen Staatslehre, dazu *C. Schönberger* Der "Staat" der Allgemeinen Staatslehre: Anmerkungen zu einer eigenwilligen Disziplin im Vergleich mit Frankreich, in: O. Beaud/E. V. Heyen (Hrsg.), Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?/Une science juridique franco-allemande?, 111; *C. Möllers* Der vermisste Leviathan, 2008, 116.

tischen Rechtsstaaten auch durch die Parteilichkeit⁴⁷ demokratischer Politik,⁴⁸ die sich auch auf Religionsangelegenheiten beziehen kann. Ist ein Gemeinwesen, das den Sonntag schützt⁴⁹ und vor Sekten warnt,⁵⁰ als religiös *neutral* zu bezeichnen?⁵¹ Eine wissenschaftliche Mehrheit würde diese Frage wohl bejahen und einen Begriff von Neutralität verwenden, der sich jenseits der bloßen Wirkung einer staatlichen Entscheidung bestimmt.⁵² Aber einen systematischen Entwurf, der sich nicht auf historische Herleitungen beschränkt und der die Besonderheit gerade religiöser gegenüber ästhetischer oder ökonomischer Neutralität begründet, sucht man im Religionsverfassungsrecht vergebens.⁵³ So bleibt es dabei: Demokratische Entscheidungen werden immer und unvermeidlich bestimmten religiösen Inhalten näher stehen als anderen⁵⁴ – so wie umgekehrt nicht alle Religionen unserer Ordnung gleich entsprechen.⁵⁵

⁴⁷ Zum Voluntarismus des Demokratieprinzips: *E.-W. Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStRI, 1. Aufl. 1987, § 22 Rn. 40.

⁴⁸ Vielleicht hat die Idee der staatlichen Neutralität doch mehr mit dem deutschen demokratiekritischen Rechtsstaatsdenken des 19. Jahrhunderts als mit der Geschichte frühneuzeitlicher Herrschaft zu tun, so in der Tendenz wohl auch *Schlaich* Neutralität (Fn. 3), 42 f., 219, 242 f.

⁴⁹ Die immensen begrifflichen Mühen, derer es bedarf, das Phänomen des Sonntagsschutzes als mit staatlicher Neutralität vereinbar zu erklären, zeigen sich deutlich bei *Huster* Neutralität des Staates (Fn. 26), 191 in Anm. 245. Zur religionsrechtlichen Seite dieser Entscheidung: *W. Rüfner* Die institutionelle Garantie der Sonn- und Feiertage, FS Heckel, 1999, 447. Grundlegend *P. Häberle* Der Sonntag als Verfassungsprinzip, 2. Aufl. 2006.

⁵⁰ BVerfGE 105, 279.

⁵¹ Vgl. die differenzierte Definition bei *Heckel* Ausgleichsordnung (Fn. 35), 48f., einerseits staatliche Enthaltung, andererseits Respektierung und Berücksichtung. Ob dies mehr ist, als in jedem Grundsatz gleicher Freiheit enthalten ist, wird hier jedoch bezweifelt.

⁵² Gute knappe Aufzählung verschiedender Modelle bei *E. V. Towfigh* Die rechtliche Verfassung von Religionsgemeinschaften, 2006, 30 ff. Für viele: *G. Czernak* Zur Rede von der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates, NVwZ 2003, 949; *P. Badura* Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz, 1989, 80 ff.; *J. Müller-Volbehr* Das Grundrecht der Religionsfreiheit und seine Schranken, DÖV 1995, 301 (3002 f.); *H. Goerlich* Art. 141 GG und staatliche Neutralität in "neuem Licht"? – eine Anmerkung, in: NVwZ 2000, 898 f.; *C. Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 4, Rn. 22, 31; *J. Kokott* in: Sachs, GG Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 4, Rn. 4 ff.

⁵³ Die Vermutung wäre, dass es keinen kategorialen Unterschied zwischen verschiedenen Neutralitätsbegriffen gibt, sondern nur Abweichungen im Sachbereich. Von ästhetischer Neutralität ist wohl deshalb selten die Rede, weil Kunst zumeist als individuelle Leistung verstanden wird, die keine normativen Ansprüche erhebt.

⁵⁴ C. Waldhoff Die Zukunft des Staatskirchenrechts, Essener Gespräche 42 (2008), 55 (78f.).

⁵⁵ M. Heckel Gleichheit oder Privilegien?, 1993, 47 ff.

Die Grenzen der notwendigen Parteilichkeit demokratischer Entscheidungen definiert das Verfassungsrecht, namentlich durch die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip.⁵⁶ Im subtilen Neben- und Gegeneinander von demokratischer Gesetzgebung und den Einzelgarantien, die Unparteilichkeit sichern,⁵⁷ liefert das Neutralitätsprinzip kaum neue Inhalte.⁵⁸ In der Rechtsprechung hat es sich denn auch gegenüber den einschlägigen Grundrechten nie dogmatisch verselbständigt.⁵⁹ Als Reflexfigur der gleichen Freiheit, die die Grundrechte garantieren, ist es in deutlich niedrigeren Sphären zu verorten, als die "Staatstheorie" der Verfassungsvoraussetzung behauptet.⁶⁰ Als Objektivierung der Religionsfreiheit steht es in Gefahr, die auf dem Spiel ste-

⁵⁶ E. Schmidt-Aβmann Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, 1. Aufl. 1987, § 24, Rn. 25.

⁵⁷ M. Fehling Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, 251 ff., M. Kaufmann Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2002, 203 ff.; A. Voβkuhle Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, 92 ff.

⁵⁸ Die Unterscheidung zwischen Begründungs- und Anwendungsneutralität dient bei Huster zur theoretischen Grundlegung des Neutralitätsprinzips, das mit dieser Begründung rechtsordnungsübergreifend gelten müsste. Die These, dass sich das Gebot der Begründungsneutralität daraus ergebe, dass allen an einer demokratischen Entscheidung Beteiligten die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, sich an der Erörterung der Entscheidung zu beteiligen, so *Huster* Neutralität des Staates (Fn. 26), 98 ff., ist freilich kein notwendiges Element einer auf Mehrheitsentscheidung beruhenden demokratischen Ordnung. In dieser ist es völlig ausreichend, ohne Angabe von Gründen, also idiosynkratisch, zu entscheiden und so politische Mitentscheidung mit Diskursverweigerung zu kombinieren. Das Grundgesetz normiert keine deliberative Demokratie und amit auch keine Pflicht, nachvollziehbare Gründe für politische Entscheidungen zu geben. Zur Kritik deliberativer Demokratiekonzeptionen: *J. W. Bessette* The Mild Voice of Reason, 1994, 40 ff., differenzierend: *C. Lafont* Is the ideal of a deliberative democracy coherent?, in: S. Besson/J. L. Marti (Hrsg.), Deliberative Democracy and its discontents, 2006, 3.

⁵⁹ Das zeigt sich besonders deutlich in der Rechtsprechung des Zweiten Senates, die den Grundsatz in manchen Entscheidungen zwar losgelöst von Grundrechten nennt, aber doch keinen entscheidungserheblichen Gehalt gibt: BVerfGE 99, 100 (126 f.); 102, 370 (383, 394); sowie BVerfGE 93, 1 (29) – abw. Meinung.

⁶⁰ Kritisch wie hier: Waldhoff Zukunft (Fn. 54), 76f.; U. Vosgerau Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes, 2007, 111f.; C. Classen Religionsrecht, 2006, 47, 52f.; B. Grszeszick Verfassungstheoretische Grundlagen des Verhältnisses von Staat und Religion, in: Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007, 131 (144). Anders die Kritik bei Ladeur/Augsberg Toleranz – Religion – Recht, 2007, 91 ff., bei denen die Kritik am Neutralitätsprinzip nicht demokratisch, sondern über einen Kulturalismus gerechtfertigt wird, der hier unter II., 2. zu kritisieren sein wird.

henden individuellen und politischen Geltungsansprüche im Namen eines abstrakten Prinzips unangemessen aufzulösen.⁶¹

3. Komplementäres Gegenmodell: Kulturelle Identität als Verfassungsvoraussetzung?

Die These vom säkularen und neutralen Staat als Verfassungsvoraussetzung bleibt drittens einer anderen Grundannahme verpflichtet: der Annahme, dass Verfassungsordnungen weiterhin auf eine religiös inspirierte Grundlage angewiesen sind.⁶² Solche Grundlagen sollen durch die Säkularisierung zwar in den Hintergrund treten, aber trotzdem – gewissermaßen in "Kultur" verwandelt – fortwirken. Auch dies kommt im Böckenfördeschen Diktum zum Ausdruck, wenn vom "Wagnis" die Rede ist, das "der moderne Staat eingeht".⁶³ Die Idee der Säkularisierung findet in der Annahme einer christlich inspirierten kulturellen Identität,⁶⁴ auf der die Verfassungsordnung beruhe, weniger einen Gegensatz als ein Komplement.⁶⁵ Die verfassungsbildenden religiösen Kräfte sollen sich verwandelt haben, ohne deswegen vollständig verloren oder rechtlich bedeutungslos geworden zu sein. Dies rechtfertigt selektive staatliche Voraussetzungspflege, wenn nicht gar die allgemeine Befugnis zur Privilegierung bestimmter Religionen.⁶⁶

⁶¹ Man stelle sich etwa eine vom Gesetzgeber dazu ermächtigte Schule vor, in der alle Beteiligten, Schüler, Eltern und Lehrer, ein religiöses Symbol anbringen wollen. Ein objektives Neutralitätsprinzip würde dies ohne jedes entsprechende Selbstbestimmungsanliegen ausschließen. Dieses Argument lässt sich bis zu einem gewissen Grad gegen objektive Grundrechtswirkungen generell ins Feld führen, dazu knapp *C. Möllers* Die drei Gewalten, 2008, 114f.

⁶² Eine konzise Kritik des Kulturvorbehalts findet sich bei *M. Droege* Prekäre Leitfunktion christlicher Tradition in Zeiten kultureller Differenz?, KritV 2001, 466.

⁶³ Böckenförde Entstehung (Fn. 21), 93.

⁶⁴ Am konsequentesten ausgeführt bei A. Uhle Staat – Kirche – Kultur, 2004. Die vielen Ungenauigkeiten und Pauschalitäten in diesem Text sind hier nicht aufzuarbeiten; dass alle Widersprüche innerhalb der christlichen Tradition dort einfach verschwinden, sei nur bemerkt. Als exemplarisches Problem sei der Umgang mit Hegel ebd., 118 genannt, der hier übrigens "mit den Worten von Josef Isensee" paraphrasiert wird. Unzweifelhaft ist für Hegel das Christentum eine der Quellen eines modernen Freiheitskonzepts, aber die entscheidende Frage bleibt, was daraus folgt. Von einer Verweltlichung des christlichen Geistes im demokratischen Staat spricht auch K. Marx Zur Judenfrage (1844), MEW Bd. 1, 1956, 360, aber augenscheinlich zieht Marx daraus nicht die Konsequenz, christliche Kultur zu privilegieren.

⁶⁵ So wohl grundlegend Heinig Religionsgesellschaften (Fn. 21), 41 f.

⁶⁶ Diese Linie mit Blick auf eine der Verfassung immanente christlich-abendländische Kultur etwa bei A. Uhle Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004, 25 ff.; 353 ff.; P. Kirchhof Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag

Nun ist die Vermutung, dass Religion für die Funktionalität einer politischen Ordnung eine positive Bedeutung haben kann, nicht neu und im Ergebnis schwerlich zu bestreiten: Sie findet sich in der modernen politischen Theorie von Hobbes,⁶⁷ über Tocqueville⁶⁸ bis Habermas,⁶⁹ der hier übrigens Böckenförde verblüffend ähnlich klingt. Gleichfalls auf der Hand liegt ein spezifischer Zusammenhang zwischen Teilen der vielfältigen und widerspruchsreichen christlichen Überlieferung und der Entwicklung des demokratischen Rechtsstaats. Dies lässt sich an vielem festmachen: von der Unterscheidung zwischen weltlicher und geistlicher Gewalt⁷⁰ über die Formalisierungsleistung des kanonischen Rechts⁷¹ bis zur Idee demokratischer Gleichheit⁷² und Brüderlichkeit.⁷³

zum Gemeinwesen, Essener Gespräche 39 (2005), 105 (116ff.); ders. Der Beitrag der Kirchen zur Verfassungskultur der Freiheit, FS Heckel, 1999, 775 (786ff.); C. Hillgruber Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport, JZ 1999, 538 (540ff.); ders. Staat und Religion, JZ 1999, 1155 (1178); U. Di Fabio Christentum und Rechtskultur als Grundlage des Staatskirchenrechts, Essener Gespräche 42 (2008), 129 (142ff.); J. Isensee Verfassungsstaatliche Erwartungen an die Kirche, Essener Gespräche 25 (1991), 104 (106ff.); ders. Zukunftsfähigkeit (Fn. 4), 87 ff.; K.-A. Schwarz Das christlichabendländische Fundament des Grundgesetzes als Topos der Verfassungsinterpretation, FS Starck, 2007, 419.

⁶⁷ T. Hobbes Leviathan (1651), Part III, Chap XXXII (ed. Macpherson), 1981, 409 ff. Zur Funktion der Religion in seinem Werk: B. Ludwig Die Wiederentdeckung des Epikureischen Naturrechts. Zu Thomas Hobbes' Philosophischer Entwicklung von De Cive zum Leviathan im Pariser Exil 1640–1651, 1998, 455 ff.

⁶⁸ A. de Tocqueville De la Démocratie en Amerique (1835), tome II, 2.

⁶⁹ Ausdrücklich in Bezug auf Böckenförde: J. Habermas Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?, in: Zwischen Naturalismus und Religion, 2005, 106 (110ff.); J. Habermas Glauben und Wissen, 2001, 12ff. (Entwicklung des Konzepts der Postsäkularität).

⁷⁰ Daraus folgt auch, dass der Begriff der Religion selbst ein christliches Konzept ist, das grundsätzlich problematisch zu definieren ist. Dazu F. X. Kaufmann Religion und Modernität 1989, 53 ff.; H. Knobloch Religionssoziologie, 1999, 8 ff.; V. Krech Religionssoziologie, 1999, 75 ff. Mit Blick auf rechtliche Anwendungen ähnlich R. Poscher Totalität-Homogenität-Zentralität-Konsistenz, Der Staat 39 (2000), 48 (54).

⁷¹ H. J. Berman Law and Revolution I, 1983, 199 ff.

⁷² Dazu etwa *I. U. Dalferth* Naturrecht in protestantischer Perspektive, 2008, 65 ff.; im deutsch-amerikanischen Vergleich: *A. Dörffler-Dierken* Luthertum und Demokratie, 1998. Eine eigene begriffliche Herleitung bei *E. Jüngel* Hat der christliche Glaube eine besondere Affinität zur Demokratie? (1985), in: Wertlose Wahrheit, 2. Aufl. 2003, 365. Zum Katholizismus der große Überblick bei *A. Hense* Katholizismus und Rechtsordnung in: H. Dreier/E. Hilgendorf (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, ARSP Beiheft 113 (2008), 69 (72 ff.).

⁷³ H. Brunkhorst Solidarität, 2002, 40 ff.

Doch bleiben die beiden Grundfragen zu beantworten, die sich bei der Analyse der Verfassungsvoraussetzung stellten:⁷⁴ Lässt sich ein solcher Voraussetzungszusammenhang eindeutig etablieren und wenn ja, hat er notwendig normative Konsequenzen? Lässt sich religiöse Freiheit dann in manchen Fällen als rechtlich zu schützende Bedingung, in anderen als rechtlich abzuwehrende Gefahr für die Verfassung verstehen?

Dies erscheint zweifelhaft: Schon hinsichtlich der faktischen Seite bleibt die Diagnose viel diffuser als die Rede von christlich-abendländischer Identität behauptet. Die Annahme eines christlichen Wertekanons, der mit dem einer freiheitlichen Verfassungsordnung konvergierte, unterstellt eine Einheitlichkeit, die beiden Diskursen unbekannt ist. Die Tatsache, dass freiheitliche Ordnungen sich zunächst in manchen christlichen Kontexten durchgesetzt haben, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie sich eben auch *gegen* diese durchsetzen mussten. Damit bleiben normatives Verfassungsversprechen und die Vielfalt christlicher Tradition faktisch zu unterscheiden. Von einer abendländischen kulturellen Identität zu sprechen, und auch das ist im

⁷⁴ Oben, II., 1.

⁷⁵ Zur Kritik des Begriffs kultureller Identität als Unterstellung einer nicht möglichen historischen Einheitlichkeit: H. Bhabha The Location of Culture, 1994.

⁷⁶ Die Widersprüchlichkeit der christlichen Überlieferung zeigt sich vielleicht für die vorliegende Fragestellung nirgendwo deutlicher, als in der unterschiedlichen Behandlung der Kategorie "Wert" selbst durch christliche Theologien. Protestantische Theologen bleiben durchgehend skeptisch, vorzüglich: *Dalferth* Naturrecht (Fn. 72), 53 ff.; *E. Jüngel* Wertlose Wahrheit, in: Wertlose Wahrheit, 2. Aufl. 2003, 90 (100 ff.). Aber auch der katholischen Staatstheorie ist eine Kritik des Wertbegriffs nicht völlig fremd: *E.-W. Böckenförde* Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: Recht, Staat, Freiheit, 1991, 67.

⁷⁷ Die notorische Unterschätzung der Heterogenität vergangener Gesellschaften ist eines der problematischen Elemente in den staatstheoretischen Grundannahmen in dieser Diskussion. Dies lässt sich bereits an der widerspruchsreichen Vielfalt der mittelalterlichen Philosophie zeigen: K. Flasch Das philosophische Denken im Mittelalter, 1988. Ebenso deutlich wird es mit Blick auf die zerklüfteten religiösen Diskurse im Deutschen Kaiserreich, unten Fn. 83.

⁷⁸ Dies ist besonders deutlich mit Blick auf Grundrechte und Demokratie, beides Konstitutionsprinzipien, zu denen die christlichen Kirchen erst nach dem Zweiten Weltkrieg einen positiven Zugang gefunden haben: *H. Dreier* in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Art. 1, Rn. 7.

⁷⁹ Das Bundesverfassungsgericht zieht diese Grenze in BVerfGE 19, 206 (223), wenn es einerseits eine "allgemeine Kulturfunktion" der Kirchen anerkennt, aus dieser eben gerade keine allgemeine Steuerpflicht auch für Nichtmitglieder rechtfertigen will.

⁸⁰ Besonders zu klären wäre, inwieweit das amerikanische Christentum Traditionen entwickelt hat, die einem kontinentaleuropäischen Verfassungsverständnis durchaus fremd sein dürften. Dies gilt beispielsweise für eine ausgeprägte Konzeption persönlicher Schuld, die zur Bejahung der Todesstrafe führt. Es gilt wohl auch für ein ausge-

Rechtsvergleich ein durchgehend sehr umstrittener Sprachgebrauch,⁸¹ verbietet eigentlich schon die Rolle europäischer Staaten in der Geschichte des 20. Jahrhunderts, deren Totalitarismen aus eben diesem Abendland kamen.⁸² Aus der widerspruchsreichen deutschen⁸³ und europäischen Geschichte lassen sich nicht einfach bestimmte Elemente herauslösen, zu kultureller Identität idealisieren⁸⁴ und zur notwendigen Bedingung der Verfassungsordnung stilisieren.⁸⁵ Mit Walter Benjamin gesprochen: "Es ist niemals ein Dokument der Kultur, ohne zugleich ein solches der Barbarei zu sein."⁸⁶

Dies spricht *normativ* nicht dagegen, bestimmte religiöse Traditionsbestände positiv zu bewerten, und bestimmte Überlieferungen verfassungsrechtlich zu schützen, wie es das Grundgesetz tut. Aber dies sind Entscheidungen des positiven Rechts, die bestimmte Traditionsbestände herausgreifen, andere nicht,⁸⁷ und die auch anders getroffen werden können.

prägtes Misstrauen gegenüber der Staatsgewalt, das privaten Waffengebrauch rechtfertigt, also gerade nicht vom Gewaltmonopol des Staates ausgeht. Zum Zusammenhang mit protestantischen Traditionen: *Feldman* Divided by God (Fn. 40), 186ff., 230. Dass deswegen die amerikanische Tradition nicht zum "christlichen Abendland" gehörte, wäre ein konsequenter, aber erstaunlicher Schluss.

⁸¹ Gerade Rechtsordnungen, die sich ihrer kolonialen Traditionen bewusst sind, dürften hier in der Regel vorsichtiger argumentieren.

⁸² Trotz vieler Einwände im einzelnen unüberholt: H. Arendt The Origins of Totalitarianism, 1951. Zur Kritik P. Baehr Identifying the Unprecedented: Hannah Arendt, Totalitarianism, and the Critique of Sociology, American Sociological Review, 67 (2002), 804.

⁸³ Bemerkenswert erscheint, wie konsequent ein aus der "geistigen Herkunft Deutschlands" (so *J. Isensee* Nachwort Blasphemie im Koordinatensystem des säkularen Staates, in: Isensee (Hrsg.), Religionsbeschimpfung 2007, 105 (132)) hergeleitetes Staatsziel den Kulturkampf ausblendet, der doch mit der Staatsgründung in engem Zusammenhang steht. Dazu nur *R. Morsey* Der Kulturkampf – Bismarcks Präventivkrieg gegen das Zentrum und die katholische Kirche, Essener Gespräche 34 (2000), 5; *M. Heckel* Kulturkampfaspekte, in: Gesammelte Schriften III, 1997, 471. Zum Diskussionsstand: *S. Ruppert* Kirchenrecht und Kulturkampf, 2003, 16ff.

⁸⁴ Zumal der deutsche Gebrauch des Begriffs Kultur traditionell anti-westlich ist – als Gegenbegriff zu Zivilisation: N. Elias Über den Begriff der Zivilisation Bd. 1, 1976, Kap. 1; W. Lepenies Kultur und Politik, 2006, 19 ff. Siehe auch die anti-westliche Karikatur zu Hugo Preuß auf dem Cover von P. Caldwell Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law, 1997, zum Thema deutsche Verfassungskultur.

⁸⁵ Zumal, wenn man einerseits Kultur als ein ganzheitliches Phänomen definiert, Uhle Identität (Fn. 66), 517, um dann nur eine bestimmte Auswahl als "Kultur" zuzulassen.

⁸⁶ W. Benjamin Über den Begriff der Geschichte, in: Ges. Schriften I/2, 1974, 696. Dieses Zitat findet sich auch auf Benjamins Grabstein in Port Bou.

⁸⁷ A. Blankenagel Tradition und Verfassung, 1987, 30 ff.

Die Unterstellung abendländischer Identität als Verfassungsvoraussetzung⁸⁸ verwischt die schwierige Unterscheidung zwischen Religion, Politik und Kultur. Sie entzieht gesellschaftliche Probleme wie die Einbeziehung neuer Religionen demokratischer Gestaltung.⁸⁹ Die Anrufung kultureller Identität vermag nur eine statische Beziehung zwischen Eigenem und Fremdem zu postulieren, die übrigens eher ängstlich als selbstbewusst erscheint. Sie wirkt als Selbstentmächtigung, als Verzicht auf die Potentiale individueller und demokratischer Freiheit.⁹⁰ Diese Kritik gilt im Übrigen ebenso für die Konstruktion einer einheitlichen Identität wie für die Propagierung eines Multi-Kulturalismus.⁹¹

Schließlich stellt sich die Frage nach dem Zusammenhang zwischen Kultur, Religion und Verfassungsrecht auch *aus der Sicht der Religion*. Für die Religion, etwa für die Vielfalt christlicher Überlieferungen, begründet es eine beträchtliche Freiheitszumutung,⁹² als Teil einer Verfassungskultur homogenisiert und vereinnahmt zu werden.⁹³ Die Identifikation von christlichem Abendland und Grundgesetz droht, aus dem Christentum eine mausgraue Zivilreligion⁹⁴ zu machen.⁹⁵ Wenn es der

⁸⁸ Zum Folgenden auch *C. Möllers* Pluralität der Kulturen als Herausforderung an das Verfassungsrecht?, in: H. Dreier/E. Hilgendorf (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, ARSP-Beiheft 113 (2008), 223. Kritisch zum Kulturbegriff auch: *S. Huster* Kultur im Verfassungsstaat, VVDStRL 65 (2006), 51 (75 ff.). Die eleganteste verfassungstheoretische Analyse findet sich, soweit ersichtlich, bei *R. C. Post* Law and Cultural Conflict, Chicago-Kent Law Review 78 (2003), 485 (490 ff.).

⁸⁹ In diese Richtung auch die Kritik bei *C. Langenfeld* Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, 319 ff.; *G. Britz* Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 93 ff.; *M. Brenner* Staat und Religion, VVDStRL 59 (2000), 264 (280 f.).

⁹⁰ So die überzeugende Kritik bei A. Sen Identity and Violence, 2006, 18 ff. (149 ff.).

⁹¹ Möllers Pluralität der Kulturen (Fn. 88), 237 ff.

⁹² Kritisch bereits M. Heckel Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VVDStRL 26 (1968), 5 (25). Der vom Gericht später aufgegebene "Kulturvorbehalt", BVerfGE 12, 1 (4), ähnlich wohl C. Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 4 Rn. 55, dürfte daher nicht einmal christlicher Religionsausübung gerecht werden. So auch Heckel Ausgleichsordnung (Fn. 35), 66 ff.

⁹³ Vorzüglich dazu die Kritik bei Heinig Religionsgesellschaften (Fn. 21), 40.

⁹⁴ J.-J. Rousseau Du Contrat Social (1769) IV/8, (Œuvres complètes, III, 1964, 460 ff.). Zur deutschen Diskussion nach dem Krieg eingehend: W. Vögele Zivilreligion in der Bundesrepublik Deutschland, 1994.

⁹⁵ Dies ist deutlich bei der Entschärfung des Kreuzsymbols, das zu einem bloß kulturellen wird: M. Jestaedt Das Kreuz unter dem Grundgesetz, JRP 1995, 237 (246) zu BVerfGE 93, 1. Kritisch dagegen Classen Religionsfreiheit (Fn. 7), 79 f. Umgekehrt ist es auch problematisch, wenn das Gericht selbst die theologische Deutung übernimmt, dagegen zu Recht kritisch J. Isensee Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation, ZRP 1996, 10 (13 f.). Im Ergebnis hat der Beschwerdeführer geltend zu machen, warum ihn

Religion vornehmlich darum gehen sollte, die Gesellschaft zusammenzuhalten,⁹⁶ würde sie als Religion nicht mehr ernst genommen: "Religion ist gefährlich – oder eben nicht Religion."⁹⁷

III. Verfassungstheorie: Freiheit - Gefahr - Religion - Recht

Das Viereck Freiheit – Gefahr – Religion – Recht muss sich demnach anders vermessen lassen, als staatstheoretische Voraussetzungslehren unterstellen. Meine Argumentation bewegt sich von einer Konzeption von Freiheitsgefährdung (1.), über spezifische Eigenschaften von Religion (2.), insbesondere dem Phänomen des Fundamentalismus (3.), zur Suche nach der Aufgabe des Rechts (4.).

Freiheit und Freiheitsgefährdung: Verfassungstheoretischer Ausgangspunkt

Im demokratischen Rechtsstaat stellt die Ausübung von Freiheit als solche keine Gefahr dar. 98 Freiheit fungiert als doppelte Legitimationsgrundlage, als grundrechtliche und als demokratische. 99 Jenseits dieser beiden kennt das Grundgesetz keine Rechtfertigung von Herrschaft.

ein bestimmtes Symbol in einer bestimmten Situation in der Religionsfreiheit beschränkt, dazu auch unten, IV., 1., b).

⁹⁶ Vgl. als verallgemeinerbare Kritik an einem verengten Religionsverständnis: M. Reder Wie weit können Glaube und Vernunft unterschieden werden?, in: Ein Bewusstsein von dem, was fehlt, 2008, 51 (52ff.); E. Jüngel Religion, Zivilreligion und christlicher Glaube, Essener Gespräche 39 (2005), 53 (54ff.). Vgl. auch als Kritik eines Theologen an einer Christanisierung des Verfassungsrechts: F. W. Graf Protestantismus und Rechtsordnung, in: H. Dreier/E. Hilgendorf (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, ARSP-Beiheft 113 (2008), 129 (160f.).

⁹⁷ Jüngel Wertlose Wahrheit (Fn. 76), 104.

⁹⁸ So im Ergebnis wie hier, freilich mit unglücklicher Metaphorik: C. Walter Religöse Freiheit als Gefahr, DVBI. 2008, 1073.

⁹⁹ Zu dieser doppelten Freiheitskonstruktion: *J. Isensee* Grundrechte und Demokratie, Die polare Legitimation im grundrechtlichen Gemeinwesen, Der Staat 20 (1981), 161; *C. Starck* Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 1. Aufl. 1987, § 29; *C. Möllers* Gewaltengliederung (Fn. 8), 40 ff. Anders aber *H. Dreier* Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung, DÖV 2002, 537 (537 in Anm. 5). So – und nicht als Unterscheidung zwischen Abwehr- und Leistungsrechten – wird die Unterscheidung zwischen negativer und positiver Freiheit von ihrem Erfinder verstanden: *I. Berlin* Two Concepts of Liberty (1958), in: Liberty, 2002, 166 (169, 178 ff.).

Ein verfassungsrechtlicher Begriff der Gefahr ist unter diesen Bedingungen nur als Gefährdung von Freiheit zu verstehen,¹⁰⁰ wie es im Kantischen Rechtsbegriff vorgedacht wurde.¹⁰¹ Es ist eine der wichtigen Funktionen des Gesetzesvorbehaltes,¹⁰² Gemeinwohl als immer wieder neu in offenen Verfahren zu bestimmende Kategorie zu verstehen und in den Dienst der Freiheit zu stellen.¹⁰³ Die Suche nach vorverfassungsrechtlichen Gütern verflüchtigt sich dagegen regelmäßig in die Kontingenzformel Gemeinwohl¹⁰⁴ oder in eine bis heute wohl nicht zufällig ergebnislos gebliebene Suche nach materiellen Staatsaufgaben.¹⁰⁵

Ein solches demokratisch zu definierendes Gut ist die öffentliche Sicherheit, das Rechtsgut, das wir mit dem Begriff der Gefahr als erstes in Verbindung bringen. ¹⁰⁶ Es ist Mittel zum Zweck der Freiheitswahrnehmung, die in einer völlig unsicheren Welt nicht möglich wäre, ¹⁰⁷ nicht umgekehrt.

¹⁰⁰ Zum überlieferten Gefahrbegriff K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, 220 ff.

¹⁰¹ I. Kant Metaphysik der Sitten, Erster Teil Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797), ed. Ludwig, 1986, § B, dazu Wolfgang Kersting Wohlgeordnete Freiheit, 2. Aufl. 1993, 93 ff.

¹⁰² O. Lepsius Die erkenntnistheoretische Funktion des Parlamentarismus, in: M. Bertschi u.a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, 123 (152 ff.).

¹⁰³ P. Häberle Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht, Rechtstheorie 14 (1983), 257. Sehr deutlich jetzt für das nur scheinbar individueller Freiheit entgegengesetzte Sozialstaatsprinzip: H. M. Heinig Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, 171 ff. (zur Kritik einer verselbstständigten Sicherheitskonzeption, ebda., 111 ff.).

¹⁰⁴ Dazu H. Hofmann Verfassungsrechtliche Annäherungen an den Begriff des Gemeinwohls, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, 2002, 123. Zum Sinn von Kontingenzformeln bei N. Luhmann Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, 469 f.

¹⁰⁵ Möllers Staat als Argument (Fn. 12), 285; P. Häberle Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre, AöR 111 (1986), 595.

¹⁰⁶ C. Gusy Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63 (2004), 151 (155ff.).

¹⁰⁷ Die Annahme eines staatlichen Sicherheitszwecks kann sich insoweit auch nicht auf Hobbes berufen, bei dem die Sicherheit eben gerade nicht fundamental ist, sondern Konsequenz einer freien Entscheidung, in den Gesellschaftsvertrag einzutreten. Zur konstitutiven Bedeutung der Freiheit in Hobbes' Theorie: Q. Skinner Freiheit und Pflicht. Thomas Hobbes' Politische Philosophie, 2008, 81 ff. Eine andere Hobbes-Lektüre, die ersichtlich ohne vertiefte Auseinandersetzung mit den verwendeten Primärtexten auskommt, bleibt verbreitet, repräsentativ: J. Isensee Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, 3 ff.

2. Fundamentalismus als religionsspezifisches Phänomen

Was bedeutet das für den spezifischen Umgang mit Religion?¹⁰⁸ Religionen beziehen sich auch auf Sphären, die dem Zugriff des Rechts entzogen sind: auf Innerlichkeit¹⁰⁹ und Transzendenz.¹¹⁰ Diese sind, um für die Rechtsordnung relevant zu werden, auf eine für Dritte nachvollziehbare Erläuterung angewiesen.¹¹¹ Doch selbst wenn diese erfolgt, können Religionen einen Überschuss über die eigene Erklärbarkeit behaupten, der sie zu einem für das Recht ungreifbaren und damit potentiell bedrohlichen Phänomen macht.¹¹² Dies gilt umso mehr, wenn Religionen umfassend *normative* Vorgaben entwickeln, die in Konkurrenz zum staatlichen Recht treten und den Anspruch erheben, allgemein-bindende Entscheidungen zu treffen¹¹³ oder zumindest von solchen ausgenommen zu werden. Religion wird dann zum entscheidenden Anknüpfungspunkt einer kollektiven quasi-politischen Identität.¹¹⁴

Damit stellt die Möglichkeit des religiösen Fundamentalismus, in dessen Richtung sich gegenwärtig global viele Religionen bewegen, 115 eine

¹⁰⁸ Nicht zu diesen Eigenschaften gehört die Allzuständigkeit der Religion, die gerne gegen die Bereichscheidungslehre ins Feld geführt wird, die andere grundrechtlich geschützte Sphären wie die Kunst oder die Meinung aber gleichfalls für sich beanspruchen können, anders Classen Religionsrecht (Fn. 60), 107 f.

¹⁰⁹ Zu den besonderen Problemen: E.-W. Böckenförde Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), 33 (50ff.); M. Herdegen Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, 148 ff. Zum grundsätzlichen Problem nicht kommunizierbarer Anknüpfungspunkte an die Rechtsordnung: G. Jakobs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 255 ff.

¹¹⁰ Zum Begriff der Transzendenz als möglichem, wenn auch nicht notwendigen Element von Religion: *Krech* Religionssoziologie, (Fn. 70), 16 ff.

¹¹¹ Grundlegend wohl *N. Luhmann* Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR 90 (1965), 257.

¹¹² Nicht selten erweist sich die Furcht vor Religion bei näherer Hinsicht als Furcht vor Subjektivität. Zur Geschichte dieser Furcht seit Hobbes: *R. Koselleck* Kritik und Krise (1959), 1973, 29 ff., im Anschluss an *C. Schmitt* Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes, 1938. Insoweit transportiert diese Furcht immer auch eine Furcht vor Freiheit.

¹¹³ Dies zeigt sich etwa am Beispiel des christlichen Naturrechts, dazu F. X. Kaufmann Wissenssoziologische Überlegungen zu Renaissance und Niedergang des katholischen Naturrechtsdenkens im 19. und 20. Jahrhundert, in: E.-W. Böckenförde/F. Böckle (Hrsg.), Naturrecht in der Kritik, 1973, 126; Dalferth Naturrecht (Fn. 72), 53 ff.

¹¹⁴ Kritisch mit Blick auf Huntington, mit dem Versuch einer theologisch inspirierten Rechtfertigung eines Universalismus: F. W. Graf Religiöse Letzthorizonte, Rechtstheorie 29 (1998), 311. Der Beitrag S. Huntington The Clash of Civilizations?, Foreign Affairs 72 (1993), 22 stellt wohl den Beginn des ganzen hier diskutierten normativen Neo-Kulturalismus dar.

¹¹⁵ F. W. Graf Die Wiederkehr der Götter, 2004, 50ff.

Besonderheit dar, die Religion von anderen grundrechtlich geschützten Praktiken abhebt. Nun bleibt der Begriff Fundamentalismus seinerseits problematisch.¹¹⁶ Er scheint dort angemessen, wo Religionen die Unterscheidung zwischen Religion und Politik grundsätzlich in Frage stellen.¹¹⁷ Solche Ununterscheidbarkeiten – ist ein Kopftuch Politik oder Religion, ein Kreuz Kultur oder Religion? – sind für die Raster demokratischer Verfassungsordnungen schwer zu bewältigen – und diese Schwierigkeit wird nur erhöht, wenn Religionen durch politische Entscheidungen mit einer Kultur der verfassungsrechtlichen Ordnung identifiziert werden.¹¹⁸

3. Die öffentliche Rolle von Religion im Grundgesetz

Das Grundgesetz macht dieses Problem ausdrücklich, indem es der Religion auch eine öffentliche Rolle ermöglicht, etwa als ordentliches Lehrfach in der Schule oder durch die Verleihung eines öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus.¹¹⁹

Wie diese öffentliche Rolle zu interpretieren ist, gehört allerdings zu den umstrittensten Problemen des deutschen Verfassungsrechts,¹²⁰ ja

¹¹⁶ Zu Definitionen des problematischen Begriffs die Beiträge in: H. Bielefeldt/ W. Heitmeyer (Hrsg.), Politisierte Religion: Ursachen und Erscheinungsformen des modernen Fundamentalismus, 1998. Dazu auch kritisch K. Groh Selbstschutz der Verfassung gegen Religionsgemeinschaften 2004, 73 ff. Ein juristischer Bestimmungsversuch bei F. Hufen Fundamentalismus als Herausforderung des Verfassungsrechts und der Rechtsphilosophie, StWStP 1 (1992), 455 (455 ff.). O. Depenheuer Wahrheit oder Frieden, Essener Gespräche 33 (1999), 5.

¹¹⁷ Vgl. die beispielhafte Äußerung eines Sudanesischen Regierungsvertreters: " ... Islam should not be seen as a religion but as a complete set of precepts for public and private life. Persons committing apostasy therefore were a danger to a fabric of society and could be compared to traitors in countries with a different legislation.", UN Doc. A/46/40 (1991), 125/501, zitiert nach *P. M. Taylor* Freedom of religion, 2005, 51.

¹¹⁸ Oben, II., 3.

¹¹⁹ Seit BVerfGE 18, 385 (387) nutzt das Gericht die Unterscheidung zwischen öffentlicher und staatlicher Gewalt zur Charakterisierung der religiösen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Siehe auch die deutliche Formulierung in BVerfGE 42, 312 (323). Zum Schutz des öffentlichen Bekenntnisses: BVerfGE 32, 98 (106); 33, 23 (28); 41, 29 (49); 52, 223 (240 f.). Vgl. zur aktuellen Diskussion um die Unterscheidung zwischen staatlichem und öffentlichem Handeln: *A. Voβkuhle* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verwantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 (273 ff.).

¹²⁰ Grundlegend: *P. Häberle* "Staatskirchenrecht" als Religionsrecht der verfaßten Gesellschaft, DÖV 1976, 73. Zur Genealogie *Hense* Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht (Fn. 3), 9 ff., für die Relevanz die kontroversen Beiträge in: H. M. Heinig/C. Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007.

bereits zu den umstrittensten Fragen in den Beratungen des Parlamentarischen Rates¹²¹ und der Weimarer Nationalversammlung.¹²²

Mit der öffentlichen Funktion eines Grundrechts verbinden sich stets Erwartungen an seine Nützlichkeit. Wir kennen dies von der Pressefreiheit,¹²³ die demokratische Öffentlichkeit,¹²⁴ oder von der Eigentumsgarantie, die Wohlstand sichern soll.¹²⁵ Freilich gehört es zur Struktur solcher freiheitsbezogener Erwartungen, dass sie zwar enttäuscht werden können, doch nicht erzwungen werden dürfen. Dies gilt umso mehr, da selten Konsens hinsichtlich der Frage herrscht, wie genau ein nützlicher Zustand aussieht, was eine funktionierende und gerechte Marktordnung oder was eine kritische Öffentlichkeit auszeichnet. Der Streit um die Verleihungsvoraussetzungen des öffentlichen Körperschaftsstatus von Religionsgesellschaften ist in diesem Kontext zu sehen:¹²⁶ Wenn die Rechtsordnung die Verleihung dieses Status an bestimmte ordnungsstabilisierende Eigenschaften einer Religion knüpft, dann gleicht sie diese denjenigen öffentlicher Rundfunkanstalten an, die die demokratische Öffentlichkeit sichern *müssen*.¹²⁷ Jenseits der Frage, ob dies dem Selbst-

¹²¹ Zusammenfassend *V. Otto* Das Staatsverständnis des Parlamentarischen Rates, 1971, 75 ff.; *M. F. Feldkamp* Der Parlamentarische Rat 1948–1949, 1998, 114 ff.

¹²² C. Mertesdorf Weltanschauungsgemeinschaften: eine verfassungsrechtliche Betrachtung mit Darstellung einzelner Gemeinschaften, 2008, 56ff.; B. Jean d'Heur Der Begriff der "Staatskirche" in seiner historischen Entwicklung, Der Staat 30 (1991), 442 (455ff.)

¹²³ Zur öffentlichen Aufgabe der Presse, die es aber nicht rechtfertigt, diese öffentlich zu korporieren oder unter Genehmigungsvorbehalt zu stellen: *M. Bullinger* in: Löffler (Hrsg.), Presserecht, 5. Aufl. 2006, § 3 Rn. 18ff.

¹²⁴ Zu diesem Problem B. Holznagel in diesem Band.

¹²⁵ Zur Unterscheidung zwischen Eigentumsgarantie einerseits und Marktfunktionalität andererseits: O. Lepsius Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002. 380 ff.

¹²⁶ Aus der umfänglichen Diskussion ist wegen der Klarheit der Argumentation besonders hervorzuheben: S. Magen Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004, 197 ff. Desweiteren zur Grundfrage, inwieweit die Verleihung Ausdruck grundrechtlicher Freiheit ist – oder nur staatsorganisatorisch verstanden werden muss, die Beiträge in: Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?. Klare Darstellung der Argumente gegen eine grundrechtliche Lektüre bei A. Uhle Ein "rätselhafter Ehrentitel"?, FS Isensee 2007, 1033. Ähnlich C. Hillgruber Der Körperschaftstatus von Religionsgemeinschaften, NVwZ 2001, 1347.

¹²⁷ So als die eigentliche Ratio der Konstruktion der Rundfunkfreiheit, die zum Aufbau einer öffentlichen Rundfunkordnung verpflichtet: BVerfGE 57, 295 (319f.); 73, 118 (152ff.); 74, 297 (324); 77, 65 (74); 114, 371 (386f.); 119, 181 (214ff.) Übersicht zu den Urteilen bei S. Reese Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2006, 62ff. Wie hier kritisch im Religionskontext: B. Schlink Zwischen Säkularisation und Multikulturalität, FS Roellecke, 1997, 301 (314f.).

bestimmungsanspruch der Religionsgesellschaften gerecht würde,¹²⁸ funktioniert eine solche Lösung für den gesamten Bereich der Religion schon deswegen nicht, weil die Religionsfreiheit des Art. 4 GG unbestritten unabhängig von solchen objektiven Erwägungen gilt.¹²⁹

Eine angemessene Konzeption der öffentlichen Rolle von Religion sollten wir daher nicht mit gesellschaftlicher Nützlichkeit, sondern mit öffentlicher Sichtbarkeit verbinden. Religion soll sich an öffentlichen Orten präsentieren können, um eigene Sinnangebote vorzustellen. Das mag gesellschaftlichen Nutzen haben, es mag eine Gesellschaft mit notwendigen Deutungsangeboten versorgen, es kann aber auch zu Konflikten führen. Konflikte aber sind im demokratischen Rechtsstaat ebenso notwendig, um Ansprüche in der Öffentlichkeit, in Gerichten und in Parlamenten geltend zu machen. Religiöse Konflikte mögen besonderes Befremden erregen, aber als Ausdruck der Freiheitswahrnehmung, werden sie vom Grundgesetz geschützt. Wenn in der Religionsausübung – wie das Bundesverfassungsgericht seit langem betont 131 – ein der Menschenwürde nahestehendes Anliegen verwirklicht wird, 132 dann rechtfertigt dieses Anliegen auch ein beträchtliches Maß an öffentlicher Auseinandersetzung.

Während die oben kritisierten staatstheoretischen Fundierungen dieses Konfliktpotential entweder durch Distanzierung zu neutralisieren¹³³ oder durch Identifizierung einseitig aufzuheben¹³⁴ suchen, hat das Grundgesetz also mit der Entscheidung für eine öffentliche Rolle von Religion einen anderen Weg gewählt. Diesen mag man für riskant halten, man kann aber umgekehrt in der öffentlichen Rolle von Religion

¹²⁸ Zur notwendigen Einordnung des Art. 137 Abs. 3 WRV in die allgemeine Grundrechtsdogmatik: *Classen* Religionsfreiheit (Fn. 7), 111 ff., mwN.

¹²⁹ So ist es wenig überraschend, dass die Figur der Grundrechtserwartung sich als dogmatisch wenig ergiebig erwiesen hat. Anders wohl *J. Isensee* Verfassungsstaatliche Erwartungen an die Kirche, Essener Gespräche 25 (1991), 104.

¹³⁰ So auch *S. Huster* Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Grenzen, 2004, 9 f.; *Droege* Leitfunktion (Fn. 62), 470 f.

¹³¹ Wohl zunächst in BVerfGE 32, 98 (108).

¹³² Hier könnte sich natürlich auch die viel diskutierte Frage stellen, inwieweit Menschenwürde ihrerseits nicht anders als mit Bezug auf religiöse Hintergründe zu verstehen ist. Die Antworten der christlichen Theologien darauf sind freilich vielfältig und uneindeutig, vgl. die Beiträge in: Bahr/Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006; als theologische Auseinandersetzung mit Art. 1 GG: W. Vögele Menschenwürde zwischen Recht und Theologie, 2000.

¹³³ Oben, II., 2.

¹³⁴ Oben, II., 3.

auch eine gefahrenabwehrende Funktion erkennen.¹³⁵ Öffentlichkeit schützt offene Gesellschaften.

Eine ähnliche Konzeption der Religionsfreiheit findet sich auch in der Jurisprudenz des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der in ständiger Rechtsprechung¹³⁶ die Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK als Grundrecht zum Schutz eines gesellschaftlichen Pluralismus deutet.¹³⁷ Die öffentliche Auseinandersetzung mit und zwischen Religionen erweist sich nicht als Krisenphänomen, sondern als Ausdruck eines ernsthaften, deswegen nicht notwendig ungefährlichen, aber vom Grundgesetz gewollten Umgangs mit Religion.¹³⁸

Freilich ist damit eine öffentliche Aufgabe von Religion nur rechtlich ermöglicht, aber noch nicht benannt. Können wir sie positiv formulieren? Eine definitive Formulierung ist der Rechtsordnung selbst aus den genannten Gründen verwehrt. Sie würde zu einer Bewertung und Privilegierung bestimmter Religionen führen. Aus verfassungstheoretischer Sicht könnte man sich allerdings an eine nähere Bestimmung wagen. Eine mögliche könnte lauten: Der vielen Religionen eigene transzendente Gehalt verweist auf eine Normativität von außerhalb, die für uns Bedeutung hat: "Mein Reich ist nicht von dieser Welt."¹³⁹ Ein solcher Horizont des Außerweltlichen mit innerweltlicher Bedeutung könnte eine Bedingung dafür darstellen, die Idee der Normativität selbst plausibel zu machen, auf die gerade freiheitliche Ordnungen angewiesen sind. 140 Denn freiheitliche Ordnungen produzieren nicht nur Normativität in Form von Recht, sie gründen auch auf einer normativen Konzeption, etwa derjenigen der gleichen Freiheit aller Mitglieder. Religion wäre hier auch ein Mittel, uns zu erklären, dass die Welt sich nach Maßstäben beurteilt, die über den faktischen Weltverlauf hinausgehen -

¹³⁵ P. Bahr Vom Sinn öffentlicher Religion, in: Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? (Fn. 60), 73 (84ff.). Die Formulierung "Religionsrecht als Gefahrenabwehrrecht" bei M. Morlok in: Dreier (Hrsg.), GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 4, Rn. 48.

¹³⁶ Seit EGMR, Kokkinakis/Griechenland, A 260-A, Tz. 31; Dahlab/Schweiz, RJD 2001-V, 442 f.

¹³⁷ Dazu Ungern-Sternberg Religionsfreiheit (Fn. 37), 68ff.; C. Walter in: Grote/ Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG: Konkordanz-Kommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, Kap. 17, Rn. 11. Überblick bei C. Grabenwarter Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008, 242 ff.

¹³⁸ Auch der Begriff der Integration verdeckt diesen Zusammenhang, zu Recht kritisch: *U. Haltern* Integration als Mythos, JöR 45 (1997), 31.

¹³⁹ Joh. 18, 36.

¹⁴⁰ Dies ist ein durchgängiges Motiv bei Tocqueville, vgl. A. de Tocqueville Lettre à L. de Kergolay v. 18. 10. 1847, in: Œuvres Complètes, Tome XIII, 1977, 207 (209 f.).

und die durch Nichtbeachtung ihre Bedeutung nicht verlieren: "So sind auch alle anderen Gebote uns unmöglich."¹⁴¹ In diesem Verständnis hätte Religion gerade keinen Beitrag zu den Inhalten des Rechts zu leisten, sondern allenfalls zu den Bedingungen seiner Möglichkeit.¹⁴²

4. Zur Aufgabe des Rechts

Wie aber ist die Aufgabe der Rechtsordnung in diesem Zusammenhang zu bestimmen? Freiheitliche Rechtsordnungen können auf Rechtsbrüche, die im Namen einer Religion begangen werden, nicht mit der Unterscheidung zwischen kulturverstärkender und kulturschwächender, also "gefährlicher", Religionsausübung reagieren.¹⁴³ Damit würde die Rechtsordnung ihre eigene konfliktvermeidende Differenzierungsleistung in Frage stellen.¹⁴⁴ Sie würde Konflikte nicht individualisieren, sondern kollektivieren und politisieren.¹⁴⁵ Sie würde auch die im Grundrechtsschutz angelegte Konzeption *gleicher* Freiheit unterlaufen, die Rechte von Privilegien unterscheidet.¹⁴⁶

Gerade umgekehrt muss die Rechtsordnung zusehen, dass sie einen Konflikt nicht nur deswegen sanktioniert, weil er religiös motiviert ist. Zwar hat sie auch der Religion freiheitsermöglichende Grenzen zu ziehen. Doch ist es nicht ihre Aufgabe, Religionsausübung nur zu beschränken, weil diese eine besonders sensibilisierende Wirkung hat. Eine Rechtswissenschaft, die weder Weltkunde des Abendlandes noch Laizismustechnologie sein darf, hat diesen Konflikten mit einem breiten Angebot an Differenzierungen zu begegnen. Deswegen muss sie zwischen Konflikten, die in der Demokratie notwendig sind, und Konflikten, die die Ordnung tatsächlich gefährden, unterscheiden. Dies ist im folgenden Teil konkret zu entfalten, einen ersten Ansatzpunkt können wir immerhin jetzt schon benennen:

¹⁴¹ M. Luther Von der Freiheit eines Christenmenschen (1520), (ed. Kähler), 1992, 110 (129).

¹⁴² Vgl. in diesem Kontext auch die bemerkenswerten Überlegungen bei *E.-W. Böckenförde* Überlegungen zu einer Theorie des modernen säkularen Rechts, in: Kirche und Christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit, 2. Aufl. 2006, 393.

¹⁴³ So aber Uhle Kulturelle Identität (Fn. 66), 517.

¹⁴⁴ Zu diesem Problem mit Blick auf den Begriff der Kultur: *Möllers* Pluralität der Kulturen (Fn. 88), 230 ff.

¹⁴⁵ In unserem Zusammenhang ebenso: *F. Hufen* Das Zusammenleben von Kulturen und Religionen unter der Verfassung, FS Rudolf 2001, 247 (250 f.). Grundsätzlich oben bei Fn. 91.

¹⁴⁶ Seit E. J. Sieyès Essai sur les privilèges, 1788.

Wenn wir Fundamentalismus als fehlende Unterscheidbarkeit zwischen Politik und Religion verstehen,¹⁴⁷ dann können wir Kriterien für einen angemessenen Umgang mit diesem aus den Regeln des Grundgesetzes für "gefährliche" Politik herleiten. Insbesondere zwei Elemente des Art. 21 Abs. 2 GG erscheinen lehrreich: Zum einen die Definition weiter, aber auch klar sanktionierter materieller Grenzen wie durch die Freiheitlich-Demokratische Grundordnung. Zum anderen die Anknüpfung von Sanktionen an politische *Handlungen* gegen die Ordnung, nicht bloß an widersprechende *Überzeugungen*.¹⁴⁸

IV. Verfassungsrecht: Religionsfreiheit und Gefahrenbegriff

Wie lassen sich diese Überlegungen auf die Dogmatik der Religionsfreiheit im Angesicht anderer Freiheitsgefährdungen hinunterbrechen?

1. Schutzbereich – Eingriff – Gesetz

Mit seiner Formulierung, die Religionsfreiheit verleihe das Recht, "sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln"¹⁴⁹ hatte das Bundesverfassungsgericht eine ältere Rechtsprechung auf den Punkt gebracht,¹⁵⁰ die für ein ausgreifendes Verständnis¹⁵¹ der Religionsfreiheit stand – und deswegen treffend als "allgemeine Handlungsfreiheit in Religionsangelegenheiten"¹⁵² bezeichnet wurde.

¹⁴⁷ Oben, III. 2.

¹⁴⁸ Unten, IV., 2., a).

¹⁴⁹ BVerfGE 32, 98 (106f.). Vgl. auch BVerfGE 33, 23 (28); 42, 312 (323); 83, 341 (353f.); 93, 1 (15).

¹⁵⁰ BVerfGE 24, 236 (246).

¹⁵¹ Nur am Rande sei bemerkt, dass die Kategorien "weit" und "eng" in diesem Zusammenhang methodisch wenig ergiebig sein dürften. Sie liefern keine normativen Kriterien, sondern nur eine räumliche Metapher für die von einem Tatbestand erfassten Sachverhalte, die sich aber nicht so darstellen lassen. Spätestens wenn ein Sachverhalt nur von einem Tatbestand, ein anderer nur von einem anderem erfasst ist, versagt das Bild. Ausdrücklich für eine "extensive" Auslegung argumentiert dagegen BVerfGE 24, 236 (246).

¹⁵² In diesem Sinne etwa Morlok in: Dreier (Fn. 135), Art. 4 Rn. 61.

a) Kein Grundrechtswandel durch "Verfassungswandel"

Das Auftreten neuer Religionen¹⁵³ und die zunehmende Präsenz religiöser Fundamentalismen haben diese Lesart seit längerem zweifelhaft erscheinen lassen:¹⁵⁴ in Teilen der Wissenschaft und unausgesprochen auch in der Rechtsprechung.¹⁵⁵ Als Rechtfertigung für eine Verengung der Gewährleistung diente nicht selten die Diagnose eines Verfassungswandels.¹⁵⁶ Doch ist diese Begründung, auch jenseits aller methodischen Zweifel an dieser Kategorie,¹⁵⁷ kaum haltbar:¹⁵⁸ Wie soll allein das Auf-

¹⁵³ S. Muckel Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997; Badura Schutz von Religion und Weltanschauung (Fn. 52). Deutlich wird die Brüchigkeit der Entwicklung bei Badura, der einerseits die alte Rechtsprechung beibehalten, andererseits neue religiöse Bewegungen, die politisch oder wirtschaftlich orientiert sind, von Art. 4 GG ausschließen will. Dies mit dem Hinweis, eine wettbewerbswidrige Caritas-Sammlung wie in BVerfGE 24, 236 sei für die betreffende katholische Religion "wesensnotwendig", ebda. 42 f., 59 ff. Das wird man theologisch kaum so sehen müssen.

¹⁵⁴ Wie relativ die Erfahrung des "Neuen" ist, zeigen freilich die Fallgestaltungen bei *U. Scheuner* Die Religionsfreiheit im Grundgesetz (1967), in: Staatskirchenrechtliche Abhandlungen, 1973, 33 (33 f.).

¹⁵⁵ Deutlich in BVerfGE 104, 337 (347 ff.).

¹⁵⁶ J. Hellermann Multikulturalität und Grundrechte – am Beispiel der Religionsfreiheit, in C. Grabenwarter u.a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, 129 (142); F. Schoch Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft, FS Hollerbach, 2001, 149 (154ff.); Classen Religionsfreiheit (Fn. 7), 3 f.; Paradigmatisch die Formulierung bei Muckel Letztentscheidung (Fn. 153), 23, wenn er von "Hürden für die dem Gemeinwohl verpflichtete Staatstätigkeit" spricht, ohne zu sehen, dass die gesellschaftlich unbequeme Ausübung von Freiheitsrechten keine Hürde für das Gemeinwohl, sondern dessen Gehalt ist; ähnlich ders. Religionsfreiheit für Muslime in Deutschland, FS Listl, 1999, 239 (243). Die herrschende Perspektive bleibt bemerkenswert stark an überlieferten Gruppeninteressen orientiert. Erstaunlich selten wird dagegen die umgekehrte Perspektive eingenommen: angesichts gesellschaftlichen Wandels nach Mechanismen zu suchen, die es Menschen auch in neuen Umgebungen ermöglichen, ihrer Religion nachzugehen, so aber D. Grimm Multikulturalität und Grundrechte, in: Wahl/Wieland (Hrsg.), Das Recht der Menschen in der Welt, 2002, 135 (135).

¹⁵⁷ Zur Kritik überzeugend knapp *A. Voβkuhle* Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, Der Staat 43 (2004), 450. Die herrschende Diskussion leidet an einer gewissen Rechtsprechungsfixierung: *C. Walter* Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels, AöR 125 (2000), 517.

¹⁵⁸ Differenziert skeptisch gegen die Annahme eines Verfassungswandels dagegen: M. Heckel Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, FS 50 Jahre BVerfG, 2001, 379 (387 ff.); ders. Thesen zum Staat-Kirche-Verhältnis im Kulturverfassungsrecht, FS Rüfner 2003, 188 (188 ff.). Ein problematisches Beispiel für eine derartige Argumentation bereits bei W. Weber Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, VVDStRL 11 (1954), 153 (157 ff.), der die gewandelte

tauchen neuer Formen der Grundrechtswahrnehmung als Anlass dienen, die Reichweite eines Grundrechtes einzuschränken?¹⁵⁹ "Bekannt und bewährt" ist kein Prinzip der Grundrechtsdogmatik.¹⁶⁰ Ebenso wenig relevant ist die pauschale Diagnose gesellschaftlicher Bedrohlichkeit: Gesellschaftlich nützlich muss die Wahrnehmung von Individualgrundrechten nicht sein.¹⁶¹ Schließlich geht auch der Hinweis fehl, Grundrechte schützten auch Mehrheiten, die sich herrschender Formen von Religiosität bedienten.¹⁶² Mehrheit und Minderheit sind gleichfalls keine grundrechtsdogmatischen Kategorien. Der Grundrechtsschutz bestimmt sich unabhängig von der Anzahl derjenigen, die sich auf ihn berufen. Die Grundrechtsdogmatik wägt; gezählt wird in demokratischen Verfahren. Für eine Beschränkung des Schutzbereichs gibt die schlichte Abbildung gesellschaftlicher Entwicklungen demnach keinen Anlass.¹⁶³

b) Konturierte Gewährleistung

Auch die bekannte Debatte um staatliche Letztentscheidung und religiöses Selbstverständnis liefert keine Kriterien. 164 Sie dokumentiert

Bedeutung der Staatskirchenartikel soziologisch erklärt, ohne auf das neue positivrechtliche grundrechtliche Kontextregime des Grundgesetzes einzugehen.

¹⁵⁹ Gegen eine Beschränkung der Religionsfreiheit auf überlieferte Religionen ausdrücklich: B. Jeand'heur/ S. Korioth Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 95f.; H.-M. Heinig/M. Morlok Von Schafen und Kopftüchern. Das Grundrecht auf Religionsfreiheit in Deutschland vor den Herausforderungen religiöser Pluralisierung, JZ 2003, 777.

¹⁶⁰ Vgl. zur entsprechenden Grundrechtswidrigkeit im Gewerberecht nur *M. Schmidt-Preuβ* Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, 2. Aufl. 2005, 408 f.; *U. Schönleitner* in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, 51. Ergänzungslieferung 2007, § 70, Rn. 21 f. Anders wohl mit Blick auf unser Thema: *K.-H. Ladeurl I. Augsberg* Der Mythos vom neutralen Staat, JZ 2007, 12 (16 f.).

¹⁶¹ Anders wohl: *Isensee* Verfassungsstaatliche Erwartungen (Fn. 66), 144; eingehender *ders*. Das Dilemma der Freiheit im Grundrechtsstaat, FS Heckel, 1999, 739 (742 ff.). Siehe ähnlich wie hier *Classen* Religionsfreiheit (Fn. 7), 29, mwN.

¹⁶² Äußerst ungenau dagegen: BVerfGE 93, 1 (30f.) – abw. Meinung Seidl, Söllner, Haas.

¹⁶³ Ähnlich Grimm Multikulturalität (Fn. 156), 140 f.

¹⁶⁴ Einerseits: M. Morlok Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, 301 f., Weniger differenziert: A. Isak Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften, 1994, 140 ff. Vermittelnd W. Höfling Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, 90 f. Darstellung bei M. Stock "Selbstverständnisse im Verfassungsstaat" – Altes und Neues, ARSP 84 (1998), 546. Heinig Religionsgesellschaften (Fn. 21), 69 ff. Andererseits Muckel Letztentscheidung (Fn. 153), 38 ff.; J. Isensee Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980, 35 ff. Zurückhaltend hinsichtlich des Beschreibungswertes wohl auch Classen Religionsrecht (Fn. 60), 45 f.

einmal mehr die Affinität des Rechtsgebiets zum Grundsätzlichen. Im Ergebnis aber muss jede grundrechtliche Freiheitsverbürgung an der Willkür, also dem Selbstverständnis des einzelnen Grundrechtssubjekts anknüpfen, um doch die Bestimmung der Reichweite des Schutzes dem staatlichen Rechtsanwender zu überlassen. Zwischen dem individuellen Selbstverständnis als grundrechtlichem Kriterium und der staatlichen Anwendung dieses Kriteriums besteht so wenig eine Alternative wie zwischen Tatbestand und Rechtsfolge.

Bessere Anhaltspunkte mag das gewachsene Interesse an einer genaueren Bestimmung der Schutz- oder Gewährleistungsgehalte bringen, die die aktuelle grundrechtsdogmatische Diskusssion kennzeichnet.¹⁶⁷ Sie ist in den Zusammenhang der oben gemachten Überlegungen zu stellen.

Dabei ist zum Ersten zu unterstreichen, dass Grundrechte immer nur bestimmte Akte schützen: Auch nicht alles, was eine Religionsgesellschaft tut, fällt unter die Religionsfreiheit. Diese schlichte Einsicht entschärft manche Zweifelsfälle, die sich mit dem Problem aufhalten, ob eine Gruppe im Ganzen als religiös zu verstehen ist oder nicht.¹⁶⁸

Zum Zweiten verlangt die nicht immer einfache Erkennbarkeit von Religion und ihr möglicher normativer Anspruch mehr Begründungsaufwand seitens des Grundrechtsträgers als bei anderen Grundrechten. Kriterien ergeben sich daraus, dass die Religionsfreiheit – anders als die Gewissensfreiheit – die Freiheit zu einem Handeln nicht in einem individuellen, sondern in einem gemeinschaftlichen Kontext garantiert. Nur die Praxis einer religiösen Gemeinschaft liefert Kriterien für die Reichweite der Religionsfreiheit.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Deutlich die Formulierung in BVerfGE 83, 341 (353).

¹⁶⁶ Deutlich: Heckel Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht (Fn. 158), 402 in Anm. 85.

¹⁶⁷ In diesem Sinne namentlich W. Hoffmann-Riem Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2004), 203; ders. Enge oder weite Gewährleistung der Grundrechte? FS Bryde, 2004; Davor schon E.-W. Böckenförde Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken, Der Staat 42 (2003), 165 (181 ff.). Dagegen kritisch: W. Kahl Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 43 (2004), 167. Vermittelnd: C. Möllers Wandel der Grundrechtsjudikatur, NJW 2005, 1973; U. Volkmann Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, 2005, 261.

¹⁶⁸ Ähnlich *S. Mückl* in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2008, Art. 4 Rn. 70; *Classen* Religionsfreiheit (Fn. 7), 22 ff.

¹⁶⁹ So auch Classen Religionsfreiheit (Fn. 7), 23; Morlok in: Dreier (Fn. 135), Art. 4, Rn. 30; S. Mückl Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnis – Kopftuchverbot für Lehrerinnen?, Der Staat 40 (2001), 96 (115). Damit werden individuelle Abweichungen vom gemeinschaftlichen Glauben nicht mehr von Art. 4 GG geschützt, anders wohl BVerfGE 33, 23 (25); Isak Selbstverständnis (Fn. 164), 260.

Das schwierigste und praktisch bedeutendste Element der Schutzbereichsbestimmung betrifft schließlich den Zusammenhang zwischen einer religiösen Praxis und dem potentiell zu schützenden Akt. Wird alles geschützt, was religiös *motiviert*,¹⁷⁰ oder nur das, was religiös *geboten* ist?¹⁷¹ Beide Vorschläge haben Argumente für sich. Beide betreffen den hier interessierenden Zusammenhang zwischen Freiheit und Freiheitsgefährdung: Auf der einen Seite besteht die Befürchtung, Handlungen könnten sich hinter religiösen Formen verstecken, ohne ernst gemeint zu sein, und so von der Religionsfreiheit unverdient profitieren. Auf der anderen Seite zeigt der religiöse Fundamentalismus die bedrohliche Seite religiöser Ernsthaftigkeit, die nicht notwendig grundrechtlich prämiert werden sollte.¹⁷²

Wege aus diesem Dilemma sehen für die Religionsfreiheit wiederum anders aus als für die Gewissensfreiheit. Denn mit dem Begriff des Gewissens verweist das Grundgesetz ausdrücklich auf eine innere Zwangslage.¹⁷³ Dies ist bei der Religionsfreiheit anders, weil normativer Zwang kein notwendiges Element von Religion darstellt.¹⁷⁴ Daher gibt es keinen Grund, aus dem Religionen, die schwächere normative Vorgaben machen, weniger Schutz verdienten als solche mit strengen Geboten. Trotzdem ist der notwendige Zusammenhang zwischen einer Handlung und ihrem grundrechtlichen Schutz mit dem Erfordernis der religiösen Motivation zu schwach formuliert. Motivationen bleiben der Rechtsordnung letztlich unzugänglich.¹⁷⁵ Es bedarf einer objektiv nachvollziehbaren Erklärung des religiösen Kontexts, die nachweist, dass die betroffene Religion den geschützten Akt anders, und zwar positiver bewertet als sein Unterlassen.¹⁷⁶ Gelingt dies, können auch innere Handlungen geschützt werden. Eine Privilegierung bestimmter Formen, etwa von Kultushandlungen, ist dann nicht mehr angezeigt.¹⁷⁷

¹⁷⁰ So wohl *Morlok* in: Dreier (Fn. 135) Art. 4 Rn. 61; *M. Borowski* Die Glaubensund Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, 380.

¹⁷¹ So wohl *Classen* Religionsrecht (Fn. 59), 66; *Mückl* Religionsverhältnis, (Fn. 169), 96 (117); *ders.* in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Fn. 168), Art. 4 Rn. 89; Pieroth/*Schlink* Staatsrecht II, 23. Aufl. 2007, Rn. 515.

¹⁷² Ähnlich Heinig Religionsgesellschaften (Fn. 21), 60 ff.

¹⁷³ Dazu Herdegen Gewissensfreiheit (Fn. 109), 267 ff.

¹⁷⁴ Krech Religionssoziologie (Fn. 70), 26 ff.

¹⁷⁵ Das folgt bereits aus dem Kantischen Rechtsbegriff, der sich auf intersubjektive Vorgänge beschränkt Kant (Fn. 101).

¹⁷⁶ Vgl. als Fall von Interesse: BVerwGE 121, 314, der wohl schon an der Schutzbereichsschwelle h\u00e4tte scheitern m\u00fcssen.

¹⁷⁷ Anders etwa *Hillgruber* Der deutsche Kulturstaat (Fn. 66), 542; *Huster* Neutralität des Staates (Fn. 26), 380f.; *Kästner* Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfrei-

c) Hohe Eingriffsschwelle

Die Erklärungsleistung, die demjenigen abzuverlangen ist, der sich auf die Religionsfreiheit beruft, hat auch Rückwirkungen auf die Definition des Eingriffs.¹⁷⁸ In einer Ordnung, die Religion eine öffentliche Rolle einräumt, wird nicht jede Begegnung mit Religion einen Eingriff in die Religionsfreiheit begründen. Die Religionsfreiheit schützt davor, zu religiösen Handlungen verpflichtet oder auch nur auf staatliche Veranlassung genötigt zu werden. Sie schützt jedoch nicht vor der unfreiwilligen Konfrontation mit anderen Religionen.¹⁷⁹ Dies gilt für öffentliche, auch für polemische Kritik. Die oben gezogene Parallele zwischen Religion und Politik bestätigt diese Bewertung.¹⁸⁰ Die Auseinandersetzung um Religion ist gerade wegen ihres möglichen normativen Anspruchs robust zu führen. Empfindlichkeiten sind nicht zu prämieren.¹⁸¹ Wo die Eingriffsschwelle hoch ist, sind auch mögliche Schutzpflichten nur mit größter Zurückhaltung zu aktivieren.

Liegt ein Eingriff dennoch vor, so darf der Gesetzgeber dessen religiöse Relevanz jedoch nicht hinwegdefinieren. 182 Ob ein Symbol poli-

heit?, JZ 1998, 980; Mückl Religionsfreiheit (Fn. 169), 108 ff.; Schoch Grundrechtsdogmatik (Fn. 156), 157.

 $^{^{178}\} Hoffmann\mbox{-}Riem$ Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch (Fn. 167), 220 ff.

¹⁷⁹ So auch die Formulierung in BVerfGE 90, 1 (18). Entsprechend zurückhaltend: *Classen* Religionsrecht (Fn. 60), 76f., 213. Präzise *M. Jestaedt* Grundrechtsschutz vor staatlich aufgedrängter Ansicht, FS Listl, 1999, 259 (274ff.). Zur positiven Religionsfreiheit als eigentlichem Grund der negativen Religionsfreiheit: *D. Zacharias* Schutz vor religiösen Symbolen durch Art. 4 GG?, FS Rüfner, 2003, 988 (989ff.); *Heckel* Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht (Fn. 166), 398 f.

¹⁸⁰ Oben, III., 2.

¹⁸¹ Dazu D. Grimm Nach dem Karikaturenstreit: Brauchen wir eine neue Balance zwischen Pressefreiheit und Religionsschutz?, Jb der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 2007 (2008), 21; A. v. Ungern-Sternberg Öffentliche Auseinandersetzung um Religion zwischen Freiheit und Sicherheit: Vom Blasphemieverbot zur Bekämpfung der Hassrede, in: F. Arndt u.a. (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 2008, 61. Anders mit einer ausgreifenden Schutzpflichtenkonstruktion, aber gleichfalls vorsichtig im Ergebnis J. Isensee Blasphemie (Fn. 83), 115 ff., 132 f.; A. v. Arnauld-Perrière Grundrechtsfreiheit zur Gotteslästerung? in: Isensee (Hrsg.), Religonsbeschimpfung, 2007, 63 (67 ff.). Zur strafrechtlichen Seite: A. Steinbach Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften gem. § 166 StGB – eine Würdigung des Karikaturenstreits nach deutschem Strafrecht, JR 2006, 495.

¹⁸² Dies ist angesichts der neuen landesgesetzlichen Regelungen zu religiösen Symbolen, die zum Teil christliche Symbole privilegieren, sehr umstritten. In der Rechtsprechung findet sich nunmehr die Formel vom "Christlichen", das "von Glaubensinhalten losgelöst" sei, so BVerwGE 121, 140 (151); BayVerfGH, NVwZ 2008, 420 (421); HessStGH, NVwZ 2008, 199 (203). Diese Formel beruft sich auf BVerfGE 41, 29 (51 f.);

tisch, religiös oder kulturell verstanden werden kann,¹⁸³ ist vom Staat nicht ohne Rücksicht auf diejenigen zu bestimmen, an die dieses Symbol adressiert wird.¹⁸⁴ Dem Gesetzgeber steht es nicht frei, die Religiösität von Symbolen zu verneinen, um sie in einem Fall als "Kultur" zu privilegieren, in einem anderen als politische "Gefahr" abzuwehren,¹⁸⁵ wenn dies zur religiösen Praxis von Grundrechtsberechtigten in Widerspruch steht.¹⁸⁶

d) Rolle des Gesetzgebers – Anwendungsvorrang des Verwaltungsrechts

Dieses Verständnis der Religionsfreiheit hat schließlich Rückwirkungen auf das Organisationsrecht. Eine konturierte Deutung der Religionsfreiheit nimmt dem Gesetzgeber nicht die Möglichkeit, der Religion weitere Räume zu geben, als dies vom Grundgesetz geboten wäre. 187 Es ist im Gegenteil eine der problematischen Eigentümlichkeiten eines wei-

^{41, 65 (84}f.). Dies erscheint aber zweifelhaft. Sie wird dort zum Ersten so nicht verwendet: Dort steht "mit Glaubensinhalten nicht unbedingt identisch". Zum Zweiten sollte sie in den alten Entscheidungen im Ergebnis die Wirkung religiöser Symbolik begrenzen, nicht aber bestimmte Religionen privilegieren. Zweifelhaft erscheint auch die Vereinbarkeit mit BVerfGE 108, 282 (305), denn dort wird der "Empfängerhorizont" des Symbols sogleich in den Kontext mit der Religionsfreiheit des Symbolträgers gestellt, so auch *C. Traulsen* Distanzierende Neutralität an Baden-Württembergs Schulen?, RdJB 2006, 116 (130); *C. Walter/A. v. Ungern-Sternberg* Verfassungswidrigkeit des nordrhein-westfälischen Kopftuchverbots für Lehrerinnen, DÖV 2008, 488 (491).

¹⁸³ So prominent im Kopftuch-Fall in der amtlichen Definition der Bedeutung des Kopftuchs duch die zuständige Landesministerin von Baden-Württemberg. Eine solche Definition gerät aber an verfassungsrechtliche Grenzen, dazu unten, IV., 2., d).

¹⁸⁴ Zur Symbolizität des Religionsrechts treffend: S. Magen Staatskirchenrecht als symbolisches Recht?, in: Lehmann (Hrsg.), Koexistenz und Konflikt von Religionen im vereinten Europa, 2004, 30.

¹⁸⁵ Zutreffend *Classen* Religionsrecht (Fn. 60), 215. Anders etwa *Muckel* Religionsfreiheit für Muslime (Fn. 156), 247.

¹⁸⁶ Den Einzelfallvorbehalt unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit für zwingend halten Walter/Ungern-Sternberg Verfassungswidrigkeit (Fn. 182), 491 f., unter Hinweis auf E.-W. Böckenförde Anmerkung, JZ 2004, 1181 (1182 f.); J. Bader Gleichbehandlung für Kopftuch und Nonnenhabit, NVwZ 2006, 1333 (1335), sehr differenziert Huster Neutralität des Staates (Fn. 26), 398 ff. Eingehend skeptisch aber etwa Classen Religionsrecht (Fn. 59), 212 unter Hinweis auf die Anforderungen der Behördenorganisation, dazu auch sogleich, d).

¹⁸⁷ Dies geht auch, ohne den Vorbehalt des Art. 136 Abs. 1 WRV auf Art. 4 GG anzuwenden. Dafür etwa *A. v. Campenhausen* Religionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, 1. Aufl. 1989, § 136 Rn. 82; *D. Ehlers* in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 140 Rn. 4; *Mager* in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar Bd. I, 5. Aufl. 2000, Art. 4 Rn. 48; *K.-H. Kästner* Hypertrophie (Fn. 177), 982; *W. Bock* Die Religionsfreiheit zwischen Scylla und Charybdis, AöR 129 (1999), 444 (469 ff.).

ten Verständnisses der Religionsfreiheit,¹⁸⁸ dass dieses für den Gesetzgeber immer nur eine negative, die Religion einschränkende Rolle vorsieht. Ein positives Verständnis demokratischer Gesetzgebung findet sich im deutschen Religionsverfassungsrecht seltener¹⁸⁹ als in anderen Rechtsordnungen.¹⁹⁰

Hiermit verbindet sich eine weitere organisationsrechtliche Konsequenz: Das den Betroffenen obliegende Erfordernis, einen Eingriff in die Religionsfreiheit plausibel zu machen, gebietet es seitens der Rechtsordnung, auf Einzelfallkonstellationen einzugehen. In Übereinstimmung mit den oben gemachten Überlegungen zur konfliktindividualisierenden Aufgabe des Rechts,¹⁹¹ wird Religionsrecht als Verwaltungsrecht, nicht als Verfassungsrecht viele seiner Aufgaben am Besten erfüllen.¹⁹²

Hierzu passt der in der neueren Diskussion wieder stärker hervorgehobene Anwendungsvorrang des Gesetzesrechts¹⁹³ und die Relativierung der Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht. Gesetzliche Tatbestände müssen nicht so ausgelegt werden, dass sie auf die Praktiken aller Religionen gleich gut anwendbar sind.¹⁹⁴ Auch in religiösen Zusammenhängen wird es vielmehr darum gehen, Probleme des Baurechts,¹⁹⁵ des Immissionsschutzrechts¹⁹⁶, des Tierschutzrechts¹⁹⁷ oder

¹⁸⁸ Anders mit Blick auf Art. 137 Abs. 3 WRV bereits *M. Heckel* Die Kirche unter dem Grundgesetz, VVDStRL 26 (1968), 1 (42 ff.).

¹⁸⁹ Vgl. *O. Lepsius* Die Religionsfreiheit als Minderheitenrecht in Deutschland, Frankreich und den USA, Leviathan 2006, 321 (323 ff.).

¹⁹⁰ Für die Vereinigten Staaten, vgl. nur den Religious Freedom Restoration Act 1993, 42 U.S.C. 2000bb.

¹⁹¹ Oben, III., 4.

¹⁹² Heckel Ausgleichsordnung (Fn. 35), 51. In diese Richtung mit dem Konzept "situativer Normdurchbrechung": W. Kluth Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze, FS Listl, 1999, 215 (234ff.). Die Absorption des Verwaltungsrechts durch das Verfassungsrecht wird kritisch bemerkt bei J. Oebbecke Das "islamische Kopftuch" als Symbol, FS Rüfner 2003, 593 (593).

¹⁹³ Grundlegend: *J. Pietzcker* "Grundrechtsbetroffenheit" in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, FS Bachof, 1984, 131; *R. Wahl* Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, DVBl. 1996, 641. Analyse der Rechtsprechung bei *H. Dreier* Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung?, Die Verwaltung, 36 (2003), 105. Aus anderer Perspektive: *P. Lerche* Vorbereitung grundrechtlichen Ausgleichs durch gesetzgeberisches Verfahren, in: P. Lerche/W. Schmitt Glaeser/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 97 (118 ff.).

¹⁹⁴ Bei ansonsten zahlreichen Übereinstimmungen in diesem Punkte anders: *U. Sacksofsky* in diesem Band.

¹⁹⁵ BVerwG, NJW 1992, 2170; KirchE 30, 93.

¹⁹⁶ A. Hense Glockenläuten und Uhrenschlag, 1998, 196ff., 259ff.

¹⁹⁷ BVerwGE 112, 227 (229 ff.).

des Straßen- und Wegerechts¹⁹⁸ aus ihrem gesetzessystematischen Zusammenhang heraus zu klären – und erst in zweiter Linie aus der Religionsfreiheit. Gerade die manchmal irritierende Unübersichtlichkeit der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung kann so auch als ein positives Zeichen gedeutet werden. Die faktengesättigte Entscheidung von Einzelfällen erfüllt die Aufgabe des Rechts besser als ihre verfassungstheoretische Generalisierung. Es ist vielleicht einer der wichtigsten und problematischsten Unterschiede zwischen älterer und neuerer Verfassungsrechtsprechung, zwischen der Entscheidung zum Kreuz im Gericht¹⁹⁹ und der zum Kreuz in der Schule,²⁰⁰ dass die älteren Urteile sich besser als Entscheidung einer spezifischen Fallkonstellation, nicht als Stellungnahme zu einem verfassungstheoretischen Grundsatzproblem verstehen lassen.²⁰¹

2. Gefährdungstypen im Verhältnis zur Religionsfreiheit

Dies führt zum Begriff der Gefahr. Er findet sich in der Rechtsprechung zum Religionsverfassungsrecht nicht erst seit neuerer Zeit bemerkenswert häufig.²⁰² Freilich ist sein Gebrauch oftmals eher metaphorischer Art. Er hat nicht die Strenge des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs.²⁰³ Mit Blick auf die Religionsfreiheit bedachte Theodor Heuss ihn im Ausschuss für Grundsatzfragen mit einer berühmten

¹⁹⁸ Zum Gewerberecht: BVerwG, NVwZ 1999, 766; OVG Bremen, NVwZ-RR 1997, 408

¹⁹⁹ BVerfGE 35, 366 (375 f.). Ähnlich fallspezifisch argumentiert BVerfGE 52, 223 (241 ff.).

²⁰⁰ BVerfGE 93, 1 (15 ff.). Hier könnte ein entsprechender Einwand lauten, dass die individuelle Beschwer des Beschwerdeführers in der Begründung gegenüber allgemeineren Erwägungen zur Bedeutung des Kruzifixes zu sehr in den Hintergrund gerät. Dazu auch Vosgerau Freiheit des Glaubens (Fn. 60), 113 ff.

²⁰¹ Vgl. die Nachweise oben bei Fn. 8. Die beiden genannten Fälle nimmt auch A. Brodocz Judikativer Minimalismus, KJ 2008, 178 (184f.) als Beispiele für die Individualisierung von Konflikten durch Gerichtsurteile, verkennt dabei aber die ganz unterschiedlichen Begründungen, von denen diejenige in BVerfGE 93, 1 gerade nicht als minimalistisch gedeutet werden kann. Zum Problem einer zu wenig fallspezifischen Rezeption von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts O. Lepsius Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, in: Scholz, u.a. (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, 2008, 103 (111 ff.).

²⁰² Namentlich in der eher untechnischen Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Gefahr in BVerfGE 108, 282 (303 ff.). Vgl. aber auch BVerfGE 41, 88 (113); 102, 370 (388).

²⁰³ Dazu nur F. Schoch Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 2/84f.

Frage: "Darf eine Prozession verboten oder vertagt werden, wenn in einem Ortsteil Seuchengefahr ist?"²⁰⁴ Sie wurde vom Parlamentarischen Rat letztlich nicht beantwortet.²⁰⁵

Kriterien für eine Lösung dieser Probleme sollten sich aus den soeben angestellten Überlegungen ergeben. Zum Ersten sind nicht alle Streitfälle vom Schutzbereich der Religionsfreiheit erfasst. Zum Zweiten ist auch eine verengte Gewährleistung nicht schrankenlos garantiert. ²⁰⁶ Im Ergebnis dürfte unbestritten sein, dass die Heusssche Frage positiv zu beantworten ist: In bestimmten, aber eben nur in bestimmten Fällen darf der Staat die Prozession verbieten. ²⁰⁷ Dies bedeutet zum Dritten, dass bei der Rechtfertigung sowohl auf eine sorgfältige Herleitung verfassungsrechtlicher Güter als auch auf Falladäquanz zu achten ist. Abstrakte Typisierungen von Religionen als "gefährlich" dürften dem in der Regel nicht genügen. Sie sind nicht nur verfassungstheoretisch zweifelhaft, sondern verfassungswidrig. Im Folgenden sollen vor diesem Hintergrund vier Fallgruppen unterschieden werden, in denen gefahrenbezogene Beschränkungen religiöser Freiheit denkbar sind.

a) Gefährdungen durch Gegner der Ordnung im Ganzen

Die nachweisbare aktive Bekämpfung der Ordnung im Ganzen, also der in Art. 21 Abs. 2 GG definierten Güter, steht von vornherein nicht unter einem spezifischen Grundrechtsschutz.²⁰⁸ Vorbereitungen zur aktiven Beendigung einer Ordnung können nicht den Schutz dieser Ordnung beanspruchen. Art. 4 GG greift hier so wenig wie Art. 9 GG. Für Vereinsverbote,²⁰⁹ nachrichtendienstliche Überwachun-

²⁰⁴ *Th. Heuss* Vierundzwanzigste Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen, 23. November 1948, Der Parlamentarische Rat: 1948–1949, Bd. 5, 2, 1993, 627.

²⁰⁵ Zutreffend: Mückl in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Fn. 168), Art. 4 Rn. 4. Anders Borowski Glaubens- und Gewissensfreiheit (Fn. 170), 536 ff., der den Diskussionen eine Eindeutigkeit unterstellt, die sie nicht haben.

²⁰⁶ Zu überzeugenden Einschränkungen vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte überzeugend: S. Lenz Vorbehaltlose Grundrechte, 2006, 203 ff., vgl. auch K. Misera-Lang Dogmatische Grundlagen der Einschränkbarkeit vorbehaltsloser Grundrechte, 1999, 229 ff.

²⁰⁷ Dies dürfte auch bei Anhängern einer engen Schutzbereichsbestimmung unbestritten sein: vgl. *Lenz* Vorbehaltlose Grundrechte (Fn. 206), 283 ff.

²⁰⁸ So im Ergebnis auch BVerfG, NJW 2002, 47 (48), BVerwG, NVwZ 2003, 986 (987 ff.). Zutreffend *R. Poscher* Vereinsverbote gegen Religionsgemeinschaften, KritV 2002, 298 (303 ff.). Anders *K. Groh* Selbstschutz der Verfassung (Fn. 116), 198 ff.; *dies.* Das Religionsprivileg des Vereinsgesetzes, KritV 2002, 39 (46 ff.).

²⁰⁹ Zum Problem: L. Michael Verbote von Religionsgemeinschaften, JZ 2002, 482; Poscher Vereinsverbote (Fn. 208), 298; T. Kingreen/B. Pieroth Das Verbot von Weltanschauungs- und Religionsgemeinschaften, NVwZ 2001, 841; M. Planker Das Vereins-

gen²¹⁰ oder andere Maßnahmen gilt keine Privilegierung religiösen Verhaltens. Der Verbotstatbestand des Vereinsgesetzes erweckt *insoweit* keine Bedenken. Die Irrelevanz der Religionsfreiheit bedeutet nicht, dass die beteiligten Personen als Gegner der Ordnung rechtlos gestellt würden.²¹¹ Sanktionen haben die einschlägigen Grundrechte wie das Recht auf Freiheit der Person zu beachten.

Diese Beschränkung des Schutzbereiches gilt freilich – ähnlich wie im Parteienverbotsrecht²¹² – nur für aktive Handlungen, die über die Verbreitung bestimmter etwa theokratischer Lehren hinausgehen. Die Unterscheidung zwischen Sagen und Tun²¹³ ist hier wie im Feld politischer Freiheiten zu beachten. Sie wird in der praktischen Abgrenzung zumeist über die Strafbarkeit bestimmter Handlungen geschehen, auch wenn das Strafrecht gerade auf dem Gebiet der Terrorismusbekämpfung diese Unterscheidung langsam auszuhöhlen droht.²¹⁴

b) Gefährdungen anderer Sicherheitsbelange

Das Bild ändert sich auf einer niedrigeren Gefahrenschwelle, in der allgemeine Maßnahmen der Strafverfolgung, der Gefahrenabwehr oder auch der nachrichtendienstlichen Überwachung in religionsspezifische Handlungen eingreifen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung zum Großen Lauschangriff die Religionsfreiheit ausdrücklich mit dem von der Menschenwürde geprägten Kernbereichsschutz in Ver-

verbot – einsatzbereites Instrument gegen verfassungsfeindliche Glaubensgemeinschaften?, DÖV 1997, 101; *H. Radtke* Das Verbot von Religionsgemeinschaften nach der Abschaffung des vereinsrechtlichen "Religionsprivilegs", ZevKR 50 (2005), 95. Eine andere Frage ist, ob die Streichung des Religionsprivilegs allein die Anwendbarkeit des Gesetzes auf Religionsgemeinschaften rechtfertigt.

²¹⁰ Zu den Anforderungen an die Tatsachenbasis zuletzt: BVerwG v. 21. 5. 2008, 6 C 13.07.2008. Aus der sonstigen Rechtsprechung: VG Berlin, NVwZ 2002, 1018; NVwZ-RR 2005, 39; OVG NRW v. 12. 2. 2008, 5 A 130/05.

²¹¹ In diese Richtung leider *G. Jakobs* Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht 3/2004. Zur eigenartigen Entwicklung des Begriffs Feindstrafrecht von einer treffenden kritischen Beschreibung gesetzlicher Regelungen zu einem normativen Modell: *K. Ambos* Feindstrafrecht, ZStR 124 (2006), 1.

²¹² BVerfGE 2, 12 (12 f.); 5, 85 (141); *M. Morlok* in: Dreier (Hrsg.), GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 21 Rn. 144, 148 ff.; *H. Klein* in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 4. Aufl. 1974, Art. 21 Rn. 525 ff.

²¹³ Zur Bedeutung der Unterscheidung: *J. Butler* Excitable Speech. A Politics of the Performative, 1997, 43 ff.

²¹⁴ Immerhin lässt sie sich noch in § 129a StGB hineinlesen, der eben Vorbereitung einer Handlung unter Strafe stellt, dazu bereits *G. Jakobs* Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, ZStW 97 (1985), 751.

bindung gebracht.²¹⁵ Aber auch ohne diese Konstruktion²¹⁶ unterliegt beispielsweise die Überwachung religiöser Kommunikation besonders strengen Rechtfertigungsanforderungen.

So dürfte der einfache Vorbehalt der Strafgesetze in der Vereinsverbotsregelung den Anforderungen des Art. 4 GG nicht in jedem Fall genügen. Das Zeugnisverweigerungsrecht für Geistliche in der StPO²¹⁷ und seine Entsprechungen im Polizeirecht können nicht einfach unter den Vorbehalt allgemeiner Rechtsgutgefährdungen gestellt werden.²¹⁸ Auch die Weigerung, sich unverschleiert für einen Pass oder Personalausweis photographieren zu lassen,²¹⁹ steht nicht unter einem allgemeinen Sicherheitsvorbehalt. An dieser Stelle wird die Religionsfreiheit zu einem Indikator für die gesamte Grundrechtsdogmatik: Erliegt diese der Versuchung unbegrenzter Abwägbarkeit mit diffusen Sicherheitsinteressen oder nutzt sie die Abwägung – wie sie gemeint ist²²⁰ – als Form der sachverhaltsspezifischen Anreicherung der Fallentscheidung? Folgt sie dem letztgenannten Weg, dann werden wir uns im Ergebnis damit abfinden müssen, dass der Schutz der Religionsfreiheit ganz konkrete polizeirechtliche Gefahren erzeugen kann.²²¹

²¹⁵ BVerfGE 109, 279 (322).

²¹⁶ Zur überzeugenden Kritik an Kombinationskonstruktionen bei grundrechtlichen Schutzbereichen: *I. Augsberg/S. Augsberg* Kombinationsgrundrechte, AöR 132 (2007), 539.

²¹⁷ Die Diskussion dreht sich um die Reichweite des gesetzlichen Tatbestandes, aktuelle Überblicke bei: *H. de Wall* Der Schutz des Seelsorgegeheimnis (nicht nur) im Strafverfahren, NJW 2007, 1856; *H. Radtke* Der Schutz des Beicht- und Seelsorgeheimnisses, ZevKR 52 (2007), 617, auch zu BGHSt 51, 140, bestätigt durch BVerfG, NJW 2007, 275. Sehr klar zur Dogmatik *J.Baumann* Et respice finem, JuS 1991, 466.

²¹⁸ Das Seelsorgegeheimnis gilt im Übrigen nicht nur für öffentlich korporierte Religionsgemeinschaften, wie die strafprozessuale Literatur manchmal behauptet, so – bemerkenswert grundrechtsblind: *L. Meyer-Goβner/J. Ciernak* Strafprozessordnung, 51. Aufl. 2008, § 53 Rn. 12, m.w.N.

²¹⁹ VG Berlin, NVwZ 1990, 100; VG Wiesbaden, NVwZ 1985, 137.

²²⁰ Zur Bedeutung der Abwägung in der konkreten Fallentscheidung, auch von ihm selbst unübertroffen: *R. Alexy* Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 7 (18ff.).

²²¹ Dies mag dogmatisch auf Dauer vielleicht nur noch über eine Wiederentdeckung eines grundrechtlichen Wesensgehalts jenseits der Abwägung zu bewerkstelligen sein, dazu J. v. Bernstorff Die Wesensgehalte der Grundrechte und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz, in: F. Arndt u.a. (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 2008, 40.

c) Gefährdungen der demokratischen Gemeinschaftsbildung

Wenn religiöse Auseinandersetzungen eine besondere Intensität entwickeln können, dann entstehen, drittens, Gefahren nicht nur für die Einhaltung von Normen, sondern auch für ihre verfassungsrechtlichen Entstehungsbedingungen. Aus diesem Grund ist die Schule der zentrale Ort religionsrechtlicher Auseinandersetzung – nicht nur in Deutschland. Um welches Schutzgut aber geht es? Vielleicht nicht um die kaum konturierte und leicht obrigkeitsstaatlich klingende Figur des Schulfriedens, 223 als vielmehr die Ermöglichung der Teilnahme am demokratischen Rechtsstaat, also um eine Schulbildung, die sowohl die Inhalte der Ordnung als auch die von ihr geforderten Fähigkeiten vermittelt. 224 Hier hat das oben in seiner staatstheoretischen Formulierung kritisierte Voraussetzungsargument einen angemessenen Platz, weil es auf eine konkrete Norm bezogen bleibt.

Eine solche Bestimmung des Rechtsguts hat Konsequenzen für den Grundrechtsschutz: Eine besteht in einer eindeutigen Rechtfertigung der Allgemeinen Schulpflicht.²²⁵ In den Worten des Bundesverfassungsgerichts "richtet sich die Allgemeine Schulpflicht auf die Herausbildung verantwortlicher Staatsbürger, die gleichberechtigt an demokratischen Prozessen teilhaben."²²⁶ Sie ermöglicht die "Fähigkeit zum Dialog als Grundvoraussetzung demokratischer Willensbildungsprozesse."²²⁷ Ausnahmen von der allgemeinen Schulpflicht sind daher verfassungsrechtlich im Prinzip nicht geboten.²²⁸ Die Schule, als Schule des Pluralismus, ist ein Ort produktiver Differenz, kein Ort der Homogenität.²²⁹

²²² Für die USA etwa Feldman Divided by God (Fn. 40), 57 ff.

²²³ Vgl. etwa § 59b Abs. 4 S. 5 BremSchulG und dazu BVerwGE v. 26. 6. 2008, 2 C 22.07. Vgl. auch *H. Wiβmann* Kulturelle Differenz und Prozeduren der Integration als Gegenstand der Grundrechtsdogmatik, RdJB 2008, 153.

²²⁴ Böckenförde Demokratie als Verfassungsprinzip (Fn. 47), Rn. 67.

²²⁵ Zur staatlichen Sanktionierung der Schulpflicht durch Sorgerechtsentzug zuletzt: BGH v. 11. 9. 2007, XII ZB 41/07.

²²⁶ BVerfG, B. v. 31. 5. 2006, 2 BvR 1693/04, Tz. 16; BVerfGK 1, 141 (143).

²²⁷ BVerfG, B. v. 31. 5. 2006, 2 BvR 1693/04, Tz. 18.

²²⁸ Aus der – vielleicht aus guten Gründen, siehe oben, IV., 1., d) – uneinheitlichen Rechtsprechung: BVerwGE 42, 128 (129 ff.); 94, 82 (89 ff.), für eine Befreiung, BVerwG, DVBI. 1994, 168 gegen eine Befreiung. Weiterhin zu unterschiedlichen Konstellationen: die differierenden Entscheidungen OVG NRW, RdJB 1992, 409 und OVG Bremen, ebda., 412, m. Anm. *Groh.* VG Aachen, NJW 2002, 3191; VG Düsseldorf, NWVBI. 2006, 68;

²²⁹ C. Langenfeld Staatlicher Bildungsauftrag und religiöse Selbstbestimmung, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Religionsfreiheit, 2001, 311 (344ff.); C. Rathke Öffentliches Schulwesen und religiöse Vielfalt, 2005, 134f., so wohl auch Heckel Ausgleichsordnung (Fn. 35), 110ff. Ausdrücklich anders Roellecke Religion – Recht – Kultur (Fn. 25), 28,

Auch wenn Schulen umhegte Räume sein müssen, haben sie auf die Auseinandersetzung mit Andersdenkenden und Andersgläubigen vorzubereiten.²³⁰

d) Gefährdung der Selbstdarstellung des demokratischen Rechtsstaats?

Schließlich bleibt zu bedenken, inwieweit eine öffentliche Rolle der Religion auch eine angemessene Selbstdarstellung des demokratischen Rechtsstaats gefährden kann. Dies ist der Kern vieler erbitterter Debatten, die der Begriff der Neutralität beschreibt, aber wohl nicht lösen kann.²³¹

Das Grundgesetz lässt dem Gesetzgeber bei der Entscheidung über Einschluss oder Ausschluss religiöser Symbole in die Staatsorganisation große Spielräume. Gebunden ist der Gesetzgeber insoweit nur an den Gleichheitssatz, den er, wie gezeigt, nicht durch die Umbenennung religiöser in kulturelle Angelegenheiten umgehen darf. Die Religionsfreiheit garantiert keine Einbeziehung religiöser Ausdrucksformen in den Staatsdienst. Art. 33 GG gewährt einen diskriminierungsfreien Zugang, aber keine religionsgerechte Ausgestaltung der Dienstpflichten.²³² Umgekehrt wird eine solche Einbeziehung auch nicht ausgeschlossen. Anders als bei politischen Parteien erscheinen religiöse Symbole nicht als grundsätzliche Bedrohung einer rechtsstaatlichen Aufgabenwahrnehmung. Von Staatsdienern getragene religiöse Symbole²³³ können auch als Ausdruck eines staatlichen Selbstverständnisses verstanden werden. das Religion hoch schätzt und die Religiosität des staatlichen Personals in seiner Vielfalt ausdrücklich zulässt. Hier - wie bei der Deutung des öffentlichen Körperschaftsstatus²³⁴ - stehen individuelle Freiheit und demokratische Staatsräson nicht zwingend zueinander in Widerspruch.

die Schule sei kein Ort des Kulturkampfs: Ob man aus religiösen Differenzen einen Kulturkampf macht, liegt freilich in unserer Hand.

²³⁰ Zu diesem Problem die Beiträge in W. Bock (Hrsg.), Islamischer Religionsunterricht?, 2006; N. Coumont Islam und Schule, in: S. Muckel (Hrsg.), Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates, 440; M. Dietrich Islamischer Religionsunterricht, 2006.

²³¹ Oben, II., 2.

²³² Vosgerau Freiheit des Glaubens (Fn. 60), 97 f., m.w.N. Zur europarechtlichen Beurteilung der Diskriminierung: C. Walterl A. v. Ungern-Sternberg Landesrechtliche Kopftuchverbote für Lehrerinnen auf dem Prüfstand des Antidiskriminierungsrechts, DÖV 2008, 880.

²³³ Für den Ausschluss einer verschleierten Schöffin: LG Bielefeld v. 16. 3. 2006 – 3221/6 EH 68. Dazu mit Recht kritisch: K. Groh Angewandte Verfassungsrechtsprechung? – Die Schöffin mit Kopftuch, NVwZ 2006, 1023; dies. Übungsklausur-Öffentliches Recht: Eine Muslima als Schöffin?, JuS 2007, 538.

²³⁴ Oben, II., 3.

Vielmehr mag auch letztere für die Zulassung religiöser Symbole sprechen, soweit eine demokratische Mehrheit dies will. Ein objektivierter Begriff der Neutralität würde dieses Neben- und Gegeneinander von Geltungsansprüchen verfehlen.

3. Ein übernationales Religionsgefahrenabwehrrecht?

Gefahren für freiheitliche Ordnungen durch religiösen Fundamentalismus sind ein internationales Phänomen,²³⁵ dem auch mit internationalem Recht zu begegnen ist.²³⁶ Europäische Gerichte²³⁷ und internationale Spruchkörper²³⁸ haben zudem konvergierende Definitionen der Religionsfreiheit entwickelt.²³⁹ Doch lässt sich aus beiden Phänomenen, aus der Internationalisierung der Gefahrenabwehr und der Religionsfreiheit, nicht einfach der Bedarf für ein übernationales Gemeinverfassungsrecht von Religion und Gefahrenabwehr herleiten. Das Religionsrecht funktioniert in westlichen Rechtsordnungen regelmäßig – vielleicht mit der bemerkenswerten Ausnahme des US-amerikanischen Rechts²⁴⁰ – auch als demokratisch legitimiertes Organisationsrecht.²⁴¹ Dieses Organisationsrecht speichert auch sehr spezifische Vorstellungen davon, worin gesamtgesellschaftliche Gefährdungen durch Religion zu

²³⁵ Zu einer nüchternen Analyse, die die Bedeutung der Religion relativiert: *O. Roy* Der falsche Krieg, 2008, 7 ff. Aus verfassungstheoretischer Sicht *U. K. Preuβ* Krieg, Verbrechen, Blasphemie, 2002, 93 ff.

²³⁶ Weiterführend die Beiträge in C. Walter/S. Vöneky/V. Röben/F. Schorkopf (Hrsg.), Terrorism as Challenge for National and International Law, 2004.

²³⁷ Oben, bei Fn. 136 f.

²³⁸ Dazu *J.A. Frowein* Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Religionsfreiheit – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, 2001, 73.

²³⁹ Das bedeutet, anders als *Hillgruber* Der deutsche Kulturstaat (Fn. 66), 540 f. behauptet, aber nicht, dass staatlicher Grundrechtsschutz reziprok gewährleistet werden sollte, kritisch: *Hufen* Zusammenleben (Fn. 145), 261. Diese Annahme verrät ein bemerkenswertes Missverständnis der westlichen Verfassungstradition, die nicht als Errungenschaft als solche, als Entscheidung, wie eine Gemeinschaft leben will, verstanden, sondern nur als Privilegierung auf Gegenseitigkeit verkannt wird. Im Ergebnis wird die eigene Ordnung dann von fremden Entscheidungen abhängig.

²⁴⁰ W. Heun Die Trennung von Kirche und Staat in den Vereinigten Staaten von Amerika, FS Heckel 1999, 341; *Lepsius* Religionsfreiheit als Minderheitenrecht (Fn. 189), 33 ff.; G. Krings Von strikter Trennung zu wohlwollender Neutralität, ZevKR 45 (2000), 505, sowie die Hinweise in Fn. 40.

²⁴¹ Das französische Recht ist umgekehrt traditionell grundrechtsavers und definiert subjektive Rechte vornehmlich durch den Gesetzgeber: *W. Heun* Die Religionsfreiheit in Frankreich, ZevKR 49 (2004), 273; *v. Ungern-Sternberg* Religionsfreiheit (Fn. 37), 89 ff.; *C. Walter* Religionsverfassungsrecht, 2006, 169 ff.

sehen sind und worin nicht. Daher sind sich Grundrechtskonzeptionen in verschiedenen Rechtsordnungen nicht so ähnlich wie ein isolierter Blick auf Verfassungstexte und Urteilsbegründungen zur Religionsfreiheit suggeriert.²⁴² So können auch Länder mit einer Staatskirche die Religionsfreiheit schützen.²⁴³ Das internationale Recht sollte hier die Sicherung von Mindeststandards übernehmen, aber nicht die Aufgabe einer Homogenisierung der Gesamtsysteme. Für internationale Gefahrenabwehrmaßnahmen müssen nicht dieselben Grundrechtsstandards gelten wie für nationale.²⁴⁴

V. Ausblick

Jenseits von Neutralisierung und Identifikation liegt die Stärke des deutschen Religionsrechts in einem offensiven, Öffentlichkeit vertrauenden Umgang mit Religion. Das Grundgesetz kann Gefährdungen durch Religion, die jedem Freiheitsgebrauch inhärent sind, nicht ausschließen. Es vertraut aber darauf, dass diese auch durch Öffentlichkeit abgewehrt werden können. Religionsrecht mag so auch als Gefahrenabwehrrecht dienen. Deswegen ist allerdings Gefahrenabwehrrecht noch nicht das angemessene Religionsrecht. Das öffentliche Aufeinandertreffen religiöser Geltungsansprüche verleiht dem Recht in Religionsangelegenheiten etwas Unabgeschlossenes und Asymmetrisches. Die Verfassungsrechtswissenschaft sollte nicht versuchen, dies zu begradigen, oder unangemessene Idealisierungen in Prinzipienform festzuschreiben. Vielmehr hat sie – wie auf anderen Gebieten auch – die Beweglichkeit, Entwicklungsoffenheit und prinzipielle Unfertigkeit des demokratischen Rechtsstaats als positives Element in seine Entwürfe zu integrieren.

²⁴² Dasselbe ist, mit Smend zu sprechen, nicht dasselbe: R. Smend Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz (1951), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, 411 (411). Siehe zu den Varianten auch W. Brugger Varianten der Unterscheidung von Staat und Kirche, AöR 132 (2007), 4 (9 ff.); G. Robbers Das Verhältnis von Staat und Kirche in Europa, ZevKR 42 (1997), 122; V. Wick Die Trennung von Staat und Kirche, 2007.

²⁴³ Siehe oben bei Fn. 45.

²⁴⁴ Zur unterschiedlichen Maßstäblichkeit grundsätzlich: G. Nolte Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008), 129 (149 ff.).

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Religiöse Freiheit als Gefahr?

- I. Einführung: Methodische Risiken eines unvermeidlichen Themas
- (1) Die Funktionsbedingungen einer Ordnung definieren sich nach anderen Regeln als diese Ordnung selbst. Das macht jeden Beitrag zur Untersuchung von Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungsgefährdungen zu einer methodischen Gratwanderung. Eine solche ist jedoch unvermeidlich, weil Vorstellungen von den Geltungsbedingungen der Verfassung unweigerlich Teil unseres Umgangs mit ihr sind. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht nicht darin, solche Hintergrundannahmen zu vermeiden, als sie vielmehr ausdrücklich zu machen, um sie auf Stimmigkeit überprüfen, korrigieren und in methodische Schranken weisen zu können.
- (2) Das staatliche Religionsrecht erscheint als das eigentlich "politische" Recht unserer Tage: nah an aktuellen gesellschaftlichen Auseinandersetzungen, weiter entfernt von allgemeinen juristischen Lehren. Es provoziert zu Bekenntnissen über die Identität unserer politischen Ordnung. Jedoch ist es nicht die Aufgabe der Rechtsordnung, weltanschauliche Konflikte abzubilden. Sie hat diese stattdessen mit eigenen Unterscheidungen kleinzuarbeiten, zu individualisieren.
- II. Staatstheorie: Verfassungsvoraussetzungen als Grundlage der Religionsfreiheit?
- 1. Verfassungsvoraussetzung: Zur Kritik einer Konzeption
- (3) Als Verfassungsvoraussetzung definiert man Bedingungen des Bestands der gesamten Verfassung. Zwei Fragen wirft die Kategorie auf: Wie können wir solche faktischen Voraussetzungszusammenhänge mit der angemessenen Eindeutigkeit nachweisen? Und was sollte, wenn es sie gibt, aus ihnen normativ folgen?

2. Säkularität und Neutralität des Staats als Verfassungsvoraussetzung?

(4) Pauschale Säkularisierungskonzepte sind heute in den Geschichtsund Sozialwissenschaften sehr umstritten. Zwar hat sich die Bedeutung von Religion für die öffentliche Ordnung stark gewandelt. Doch gibt es keinen Idealtyp des "modernen Staates", in dem die öffentliche Gewalt neutral und verweltlicht, Religion dagegen ausschließlich als private Freiheit in Erscheinung tritt. Als Verfassungsvoraussetzung taugt ein solches Modell daher nicht. Vielmehr sind Allzuständigkeit und Parteilichkeit Elemente jeder demokratischen Ordnung. Ein verfassungsrechtliches Neutralitätsprinzip dürfte ohne die staatstheoretische Fundierung des Voraussetzungsarguments nicht mehr ergeben als die Summe seiner grundrechtlichen Teile.

3. Komplementäres Gegenmodell: Kulturelle Identität als Verfassungsvoraussetzung?

(5) Auch die Identifikation der grundgesetzlichen Ordnung mit einer christlich-abendländischen Kultur vermag keinen Voraussetzungszusammenhang zu stiften. Die Unterstellung einer kulturellen Identität, die dem Grundgesetz "vorausliege", verkennt die Vielfalt und Widersprüchlichkeit der vorhandenen Traditionen ebenso wie ihre dunklen Seiten. Sie vereinnahmt zudem Religion in freiheitsbedrohender Art und Weise. Spezifische religiöse Traditionen können Bestand einer freiheitlichen Ordnung werden und sind es im Grundgesetz auch geworden. Dies folgt aber nicht aus der Existenz einer Kultur, sondern aus der politischen Entscheidung, bestimmte Überlieferungen rechtlich zu positivieren – andere aber nicht.

III. Verfassungstheorie: Freiheit - Gefahr - Religion - Recht

- Freiheit und Freiheitsgefährdung: Verfassungstheoretischer Ausgangspunkt
- (6) Individuelle und demokratische Freiheit definieren im demokratischen Rechtsstaat den Bestand des gefährdeten Gemeinwohls abschließend. Gefährdung durch Freiheitsausübung ist unter diesen Bedingungen durchaus möglich; sie erweist sich aber immer auch als Gefährdung von Freiheit.

2. Fundamentalismus als religionsspezifisches Phänomen

(7) Religionen können sich durch den Bezug auf Transzendenz und Innerlichkeit der Form des Rechts entziehen. Sie können zudem umfassende normative Vorgaben entwickeln, die in Konkurrenz zum staatlichen Recht treten. Religionen werden dann zum Anknüpfungspunkt einer starken quasi-politischen Identität. Der problematische Begriff des Fundamentalismus erscheint dort angemessen, wo Religionen die Unterscheidung zwischen Religion und Politik grundsätzlich in Frage stellen.

3. Die öffentliche Rolle von Religion im Grundgesetz

(8) Das Grundgesetz macht dieses Problem ausdrücklich, indem es der Religion auch eine öffentliche Rolle ermöglicht, deren Bedeutung in der Wissenschaft jedoch stark umstritten ist. Das Nebeneinander von öffentlicher Rolle einerseits und individueller Religionsfreiheit andererseits legt es nahe, dass es dem Grundgesetz hier weniger um öffentlichen Nutzen als um die öffentliche Sichtbarkeit von Religion geht, die nützlich sein kann, aber nicht muss. Die öffentliche Auseinandersetzung mit und zwischen Religionen erweist sich so nicht als Krisenphänomen, sondern als Ausdruck eines ernsthaften, von der Verfassung gewollten Umgangs mit Religion. Öffentlichkeit kann Risiken haben, sie kann aber auch als Instrument der Gefahrenabwehr durch Publizität funktionieren. Religion mag – in welcher Form auch immer – daran erinnern, dass die Welt nach Maßstäben zu beurteilen ist, die über Faktizität hinausgehen.

4. Zur Aufgabe des Rechts

(9) Die Rechtsordnung darf einen Konflikt nicht nur deswegen mit bestimmten Rechtsfolgen versehen, weil er religiös motiviert ist. Sie hat vielmehr zwischen in der Freiheit notwendigen und für die Freiheit bedrohlichen Konflikten zu differenzieren. Wenn Fundamentalismus als Ununterscheidbarkeit von Politik und Religion zu verstehen ist, können Kriterien für den Umgang mit fundamentalistischer Religion aus den Regeln für "gefährliche" Politik hergeleitet werden. Insbesondere zwei Orientierungspunkte des Art. 21 Abs. 2 GG sind hilfreich: die Definition weiter, aber klar sanktionierter materieller Grenzen und die Anknüpfung an Handlungen, nicht an bloße Überzeugungen.

- IV. Verfassungsrecht: Religionsfreiheit und Gefahrenbegriff
- 1. Schutzbereich Eingriff Gesetz
- a) Kein Grundrechtswandel durch "Verfassungswandel"
- (10) Das Aufkommen neuer Formen von Religion kann keinen Anlass geben, die Religionsfreiheit im Namen eines "Verfassungswandels" umzudefinieren. Die Religionsfreiheit schützt nicht nur bekannte, bewährte oder von Mehrheiten praktizierte Religionen.

b) Konturierte Gewährleistung

- (11) Keine Kriterien für die Bestimmung der Religionsfreiheit liefert die Debatte um staatliche Letztentscheidung und religiöses Selbstverständnis. Im Ergebnis muss jede Freiheitsverbürgung an das Selbstverständnis des Grundrechtssubjekts anknüpfen, doch die Bestimmung der Schutzreichweite dem staatlichen Rechtsanwender überlassen bleiben. Zwischen Selbstverständnis und staatlicher Definitionsmacht besteht so wenig eine Alternative wie zwischen Tatbestand und Rechtsfolge.
- (12) Der notwendige Zusammenhang zwischen einer Handlung und ihrem grundrechtlichen Schutz ist mit dem Erfordernis der religiösen Motivation zu schwach formuliert. Motivationen sind der Rechtsordnung unzugänglich. Die nicht immer einfache Erkennbarkeit von Religion und ihre möglichen normativen Ansprüche verlangen eine objektiv nachvollziehbare Erklärung des religiösen Kontexts einer Handlung. Diese muss nachweisen, dass die betroffene Religion den geschützten Akt anders, und zwar positiver, bewertet als sein Unterlassen. Gelingt dies, ist eine Privilegierung bestimmter religiöser Formen, etwa von Kultushandlungen, nicht angezeigt.

c) Hohe Eingriffsschwelle

(13) Die Erklärungsleistung, die denen abzuverlangen ist, die sich auf die Religionsfreiheit berufen, hat Rückwirkungen auf die Definition des Eingriffs. In einer Ordnung, die Religion eine öffentliche Rolle einräumt, kann nicht jede unfreiwillige Begegnung mit Religion einen Eingriff in die Religionsfreiheit begründen. Dies gebietet auch eine deutliche Zurückhaltung mit grundrechtlichen Schutzpflichten. Liegt dennoch ein Eingriff vor, so darf der Gesetzgeber dessen religiöse Relevanz nicht schlicht hinwegdefinieren. Ob ein Symbol politisch, religiös oder kulturell zu verstehen ist, kann dann nicht ohne Rücksicht auf diejenigen bestimmt werden, an die dieses Symbol adressiert wird.

d) Rolle des Gesetzgebers – Anwendungsvorrang des Verwaltungsrechts

(14) Eine konturierte Deutung der Religionsfreiheit nimmt dem Gesetzgeber nicht die Möglichkeit, der Religion weitere Räume zu geben, als die Verfassung gebietet. Seine konfliktindividualisierende Funktion wird Religionsrecht in vielen Fällen als Verwaltungsrecht, nicht als Verfassungsrecht am Besten erfüllen. Hierzu passen der in der neueren Diskussion wieder stärker hervorgehobene Anwendungsvorrang des Gesetzesrechts und die Relativierung der Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht. Gesetzliche Tatbestände müssen nicht so ausgelegt werden, dass sie auf die Praktiken aller Religionen gleich gut anwendbar sind.

2. Gefährdungstypen im Verhältnis zur Religionsfreiheit

a) Gefährdungen durch Gegner der Ordnung im Ganzen

(15) Vereinigungen, die die Abschaffung der Ordnung, wie sie Art. 79 Abs. 3 GG definiert, aktiv betreiben, können sich dazu nicht auf die Religionsfreiheit berufen. Die Streichung des Religionsprivilegs im Vereinsgesetz stößt insoweit jedenfalls auf keine materiell-rechtlichen Bedenken.

b) Gefährdungen anderer Sicherheitsbelange

(16) Das Bild ändert sich auf einer niedrigeren Gefahrenschwelle, in der allgemeine Maßnahmen der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr in religionsspezifische Handlungen eingreifen. An dieser Stelle wird die Religionsfreiheit zu einem Indikator für die ganze Grundrechtsdogmatik: Erliegt diese der Versuchung unbegrenzter Abwägbarkeit mit diffusen Sicherheitsinteressen oder nutzt sie die Abwägung als Form der sachverhaltsspezifischen Anreicherung der Fallentscheidung?

c) Gefährdungen der demokratischen Gemeinschaftsbildung

(17) Wenn religiöse Konflikte eine besondere Intensität entwickeln, entstehen Gefahren nicht nur für die Einhaltung, sondern auch für die Entstehungsbedingungen von Normen. Daher ist die Schule der zentrale Gegenstand religionsrechtlicher Debatten. Bezogen auf das Demokratieprinzip hat hier das Voraussetzungsargument einen angemessenen, weil normbezogenen Platz. Die Allgemeine Schulpflicht ermöglicht in den Worten des Bundesverfassungsgerichts die "Fähigkeit zum Dialog als Grundvoraussetzung demokratischer Willensbildungsprozesse". Sie ist damit auch als Eingriff in die Religionsfreiheit gerechtfertigt.

d) Gefährdung der Selbstdarstellung des demokratischen Staates

(18) Das Grundgesetz lässt dem Gesetzgeber hinsichtlich Einschluss oder Ausschluss religiöser Symbole in die Staatsorganisation große Spielräume. Religiöse Symbole können auch als Ausdruck eines staatlichen Selbstverständnisses verstanden werden, in dem Religion für wichtig gehalten wird. Hier – wie bei der Deutung des öffentlichen Körperschaftsstatus – stehen sich individuelle Freiheit und demokratische Staatsräson nicht zwingend diametral gegenüber. Vielmehr mag auch letztere für die Zulassung religiöser Symbole sprechen, soweit eine demokratische Mehrheit dies will.

3. Ein übernationales Religionsgefahrenabwehrrecht?

(19) Gefahren für freiheitliche Ordnungen durch religiösen Fundamentalismus sind ein internationales Phänomen, dem auch mit internationalem Recht zu begegnen ist. Europäische und internationale Gerichte entwickeln konvergierende Definitionen der Religionsfreiheit. Doch lässt sich aus beiden Phänomenen nicht einfach der Bedarf für ein übernationales Religionsgefahrenabwehrrecht herleiten. Das Religionsrecht funktioniert in vielen Rechtsordnungen auch als demokratisch legitimiertes Organisationsrecht. Das internationale Recht übernimmt die Sicherung von Mindeststandards, nicht die Homogenisierung der Gesamtsysteme. Für internationale Gefahrenabwehrmaßnahmen können andere Grundrechtsstandards gelten als für nationale.

V. Ausblick

(20) Jenseits von Neutralisierung und Identifikation liegt die Stärke des deutschen Religionsrechts in einem offensiven, Öffentlichkeit vertrauenden Umgang mit Religion. Das Grundgesetz kann Gefährdungen durch Religion, die jedem Freiheitsgebrauch inhärent sind, nicht ausschließen; es vertraut aber darauf, dass diese auch durch Öffentlichkeit abgewehrt werden können. Religionsrecht kann so als Gefahrenabwehrrecht dienen. Deswegen ist allerdings Gefahrenabwehrrecht noch nicht das allein angemessene Religionsrecht. Das öffentliche Aufeinandertreffen religiöser Geltungsansprüche verleiht dem Recht in Religionsangelegenheiten etwas Unabgeschlossenes und Asymmetrisches. Die Verfassungsrechtswissenschaft sollte nicht versuchen, dies zu begradigen oder unangemessene Idealisierungen in Prinzipienform festzuschreiben. Vielmehr hat sie – wie auf anderen Gebieten auch – die Beweglichkeit, Entwicklungsoffenheit und prinzipielle Unfertigkeit des demokratischen Rechtsstaats als positives Element in ihre Entwürfe zu integrieren.

3. Aussprache und Schlussworte

Religiöse Freiheit als Gefahr?

Engel: Ohne den Nationalsozialismus hätten wir eine andere Verfassung. Dem wird jeder zustimmen. Aber die meisten werden dabei an die vielen Sicherungen denken, die das Grundgesetz eingebaut hat, damit die Demokratie nicht entartet. Bei unserem Thema geht es um eine ganz andere Hinterlassenschaft. Auf grausame Weise hat der Nationalsozialismus dem Grundgesetz das Leben einfach gemacht. Er hat den einzigen ernstlichen Anlass zu religiöser Toleranz beseitigt. Nun holt uns der Jahrhunderte alte Kampf der Religionen untereinander wieder ein, und die Spannung zwischen Staat und Religion. Die beiden Referate des heutigen Morgens leuchten die Konfliktzone aus. Sie tasten ab, wie gut das Grundgesetz auf die Bewältigung vorbereitet ist. Und sie legen Grund für unser gemeinsames Nachdenken über das Generalthema der Tagung, das Konzept der Verfassungsvoraussetzungen. Dafür bedanken wir uns herzlich, und freuen uns auf eine angeregte Diskussion.

Bryde: Ich möchte mit einer Vorbemerkung zur Praxis beginnen. Frau Sacksofsky hat gleich zu Beginn gesagt, dass wir hier vor allem über den Islam reden. Ich glaube, Herr Möllers ist in seinem ganzen Referat ausgekommen ohne das Wort zu erwähnen. Herr Engel hat auch gesagt, warum es nicht nur um den Islam geht, denn wenn wir noch eine größere jüdische Gemeinde hätten, wären die Probleme mit Speise- oder Kleidungsgeboten da sehr ähnlich. Was mir immer auffällt - das ist die Vorbemerkung - wenn man Staatsexamensarbeiten oder Klausuren sieht, die sich mit diesem Thema beschäftigen, wo also Eltern verlangen, dass ihre Tochter vom koedukativen Sportunterricht abgemeldet wird oder dergleichen, sind es immer islamische Eltern. In unserer Praxis sind sie das nicht. Ich bin, seit ich im Verfassungsgericht bin, in einer Kammer, die u.a. auch für Art. 4 GG zuständig ist. Zu 90 % sind es christliche Eltern, die Befreiung von Schulpflicht, Sexualkundeunterricht oder Ähnliches verlangen - islamische Eltern tauchen da eigentlich nicht auf.

Aber nun zum Thema Verfassungswandel. Ob Verfassungswandel nun erlaubt oder verboten ist, ich weiß nur, dass er stattfindet. Frau Sacksofsky hat das sehr schön beschrieben: Die Religionsfreiheit wurde in der Frühzeit der Bundesrepublik auf einen sehr hohen Sockel gehoben mit dem Höhepunkt in der Lumpensammlerentscheidung. Die Möglichkeit, Gesetzesvorbehalte aus Art. 140, 136 WRV herauszuholen, wurde weginterpretiert, und jetzt haben wir eine Entwicklung - in der Literatur vor allem, auch in Gerichtsentscheidungen – die diesen Schutz zurückzufahren scheint oder zurückfährt. Das kann man sehr kritisch sehen, man kann sagen: Der Religionsfreiheit wurde ein ungeheuer hoher Stellenwert gewährt, als das eigentlich nicht nötig war, weil wir nur eine Mehrheitsreligion hatten, deren Ausübung durch den Staat ohnehin nicht gefährdet wurde, und in dem Augenblick, wo es eine diskriminierungsgefährdete Minderheit gibt, die auf den Schutz des Grundrechts als Minderheit angewiesen wäre, da haben wir eine Entwicklung, die diesen Schutz zurückfährt. Ich will es aber nicht nur kritisch sehen, weil es ein echtes Problem darstellt. Selbstverständlich haben wir in einer Gesellschaft, in der es im Wesentlichen nur eine Religion gibt und in der die Bräuche, Sitten, Traditionen dieser Religion in das allgemeine Recht integriert sind, weniger Probleme als in einer Situation, in der es viele auch der Mehrheit fremd erscheinende Religionen gibt, und in der deswegen Konflikte zunehmen. Deswegen glaube ich, es ist legitim, z.B. über einen zu weit gespannten Schutzbereich von Religion nachzudenken und zu fragen, ob Lumpensammeln denn nun wirklich Religionsausübung ist. Oder ob kommerzielles Schlachten - das Schächturteil ist angesprochen worden - nun unter Art. 12 GG oder unter Art. 4 GG fällt. Kommerzielles Schlachten ist zunächst einmal eine gewerbsmäßige Betätigung, die aber eine Beziehung zu Art. 4 GG hat, weil geschlachtet wird, um echte religiöse, zentrale religiöse Bedürfnisse von Gläubigen zu erfüllen. Deswegen muss Art. 4 GG berücksichtigt werden, aber kommerzielles Schlachten ist noch nicht unbedingt Religionsausübung. Auch beim Nachdenken über einen Gesetzesvorbehalt wäre ich offener, als es wohl Frau Sacksofsky war. Das geht aber alles nur - und dann bin ich wieder voll bei - glaube ich - beiden Referenten - auf dem Boden der Gleichheit. Das geht ganz sicher nicht mit Abendlandsvorbehalten bei der Ausübung der Religionsfreiheit.

Waechter: Ich habe eine Frage an Frau Sacksofsky. Sie haben ja strikt für die Neutralität des Rechts gegenüber der religiösen Identität plädiert. Wenn man Ihnen darin folgt, ergeben sich aber neue Probleme und wahrscheinlich neue Diskriminierungen. Definiert man religiöse Restbestände (kommunale Weihnachtsbäume etc.) als Kultur, dann wertet man religiös motivierte Verhaltensweisen als bloße Kultur ab. Das ist in Bezug auf die Schulkreuz-Entscheidung diskutiert worden. Oder man muss doch wieder Phänomene der eigenen religiösen Tradition privile-

gieren. Daraus leitet sich für mich die Frage ab, in welchem Verhältnis bei Ihnen Religion, Kultur und Recht stehen. Wenn ich Sie recht verstanden habe, dann ist Recht für Sie das Produkt eines fortwährenden Neutralisierungsprozesses. In der globalisierten Gesellschaft werden Sie aber ständig mit neuen kulturellen, sprich irgendwie auch religiös fundierten Sachverhalten konfrontiert werden. Es gibt ja nicht nur die Buchreligionen, sondern auch andere. Was bleibt dann eigentlich noch von der Rechtsordnung? Braucht sie nicht irgendeine kulturelle Identität? Ist sie nicht immer geschichtlich konkret verortet?

Zweitens sehe ich einen relativ gravierenden Widerspruch zwischen dem ersten Teil, wo Sie Neutralität propagiert haben, und dem zweiten Teil, wo Sie sogar gegebenenfalls ein staatliches Interventionsrecht propagiert haben. Wenn der Staat aber seine Neutralitätspflicht wirklich ernst nimmt, würde damit die Voraussetzung entfallen, dass er überhaupt den Willen hätte zu intervenieren.

An Herrn Möllers habe ich nur die Frage: Wenn man – womit ich sympathisiere – Religion nicht als Verfassungsvoraussetzung auffasst, lässt sich dann die Kompromisslösung des Grundgesetzes (keine religiöse Identifikation, kein Laizismus) vor dem Gleichheitsgebot irgendwie rechtfertigen?

Häberle: Liebe Kolleginnen und Kollegen. Ich verspreche, mitten im Satz abzubrechen, wenn die Ampel auf Rot gehen sollte.

Wir haben zwei sehr pointenreiche, einander vortrefflich ergänzende Referate erlebt. Die Erstreferentin hat gute Dogmatik, der Zweitreferent zur Dogmatik auch noch einen Theoriehimmel geschaffen. Ich konzentriere mich erstens auf den Begriff "Verfassungsvoraussetzungen". Diesen Begriff können wir nicht entbehren. Zum Teil indes eine Differenzierung: Wir müssen gliedern zwischen den Bereichen der Kultur, der Religion als Teil der Kultur, sodann zwischen der Wirtschaft, die wir leider nicht ausklammern können, und schließlich dem Bereich des Sozialen. Mir ist die Erkenntnis aber besonders wichtig, dass der Verfassungsstaat durchaus aktiv die Verfassungsvoraussetzungen mitgestaltet - dies entgegen einer immer wieder zitierten Ebracher Phrase, die nicht dadurch richtig wird, dass sie "Flügel" bekommt, durch viele Redner und viele Autoren. Solche Voraussetzungen, in denen, an denen und durch die der Staat gestaltet, sind die Erziehungsziele, sind die zahlreichen Symbolartikel, sind Nationalflaggen, sind Nationalhymnen, sind Verfassungstage, ist die ganze Schule. Der Zweitreferent hat schön von der Schule des Pluralismus gesprochen, ein Begriff, der mir überaus gefallen hat.

Zweitens darf ich anmerken: Wir brauchen für unser heutiges Thema, das in Teilaspekten in früheren Tagungen der letzten fünfzig Jahre schon dreimal behandelt worden ist – in Marburg, Frankfurt, Heidelberg, Stichworte "Staatskirchenrecht", "Die Kirchen unter dem Grundgesetz", "Staat und Religion" – eine vergleichende Religionslehre bzw. Religionswissenschaft, die wir integrieren müssen. Ich bin glücklich, dass beide Referenten wenigstens punktuell eine vergleichende Religionswissenschaft befragt haben, negativ: in Sachen Fundamentalismus. Herr Möllers hat noch die für die Sache Religion besonders wichtigen Propria der Transzendenz und Innerlichkeit hervorgehoben. Zu den Defiziten der Referate zählt das europäische Religionsverfassungsrecht im engeren und im weiteren Sinne der EU bzw. der EMRK, vor allem der Streit um die Gottesklausel. Ich bitte demütig, doch noch ein Wort zu sagen. Ich ende vor dem Rot Ihrer Ampel, Herr Vorsitzender.

Engel: Jetzt haben sich drei Diskussionsredner gemeldet, die sich auf unterschiedliche Art an der Formulierung des Titels reiben.

Isensee: Fundamentalismus wird heute durchwegs als religiöser Fundamentalismus verstanden. Doch es gibt auch den liberalen Fundamentalismus, der sich im Namen von Freiheit und Gleichheit über alles hinwegsetzt, was nicht in sein enges Weltbild passt und was seine säkulare Heilsgewissheit stören könnte; vornehmlich stößt er sich an der Religion. Der liberale Fundamentalismus regt sich seit der Aufklärung in der westlichen Welt. Mit polizeistaatlicher Militanz versuchte er, im preußischen Kulturkampf der katholischen Kirche sein Konzept aufzuzwingen. Ich frage mich, ob die Tradition des liberalen Fundamentalismus nicht auch das Verfassungsverständnis und das Religionsverständnis Frau Sacksofskys imprägniert. Sie akzeptiert das Grundgesetz nicht, wie es ist, sondern wie sie es kraft ihres Leitbildes von einer richtigen Verfassung haben möchte. Sie legt das Grundgesetz auf das Prokustesbett ihrer Vorstellungen von Freiheit und Gleichheit, streckt, was zu kurz geraten, schneidet ab, was überständig erscheint. Was sich durch Verfassungsauslegung, Verfassungswandel und Verfassungsverbiegung nicht schaffen lässt, wird der förmlichen Verfassungsänderung anheimgegeben. So verschwinden aus dem Verfassungsgesetz der Status der kirchlichen Körperschaft, die Kirchensteuer, der Religionsunterricht. Dem liberalen Fundamentalismus bedeutet das Kreuz im Schulzimmer die Ausgrenzung aller nichtchristlichen Schüler. Das hieße also, daß Großbritannien und die Schweiz, die das Kreuz in der Fahne führen, alle Nichtchristen (zumindest symbolisch) ausbürgerten, ebenso Bremen mit dem St.-Petrus-Schlüssel im Wappen oder Rheinland-Pfalz und das Saarland mit dem St.-Georgs-Kreuz im Wappen. Im übrigen hat Herr Häberle zum Thema der christlichen Symbole schon Wesentliches ge98 Aussprache

sagt. Frau Sacksofskys Rasenmäherjurisprudenz verschont allerdings die Verfassungsgarantie des Sonntags, also eine genuin christliche Institution. Im Kontext der radikalen Christophobie ist das eigentlich inkonsequent. Was bleibt vom Referat, ist die Anreicherung der bekannten Figur der verfassungswidrigen Verfassungsnorm durch die neue Figur der sacksofskywidrigen Verfassungsnorm.

Ganz anders der Ansatz Herrn Möllers'. Er geht davon aus, dass das Grundgesetz das Werk eines politischen Kompromisses ist, in dem die Kräfte der Gesellschaft, auch die kirchlichen, ihre unterschiedlichen Belange eingebracht und sich auf einen Modus des politischen Zusammenlebens verständigt haben. Bestandteile des Ausgleichs, in dem die heterogenen Mächte ihren Frieden geschlossen haben, sind unter anderem die Garantien des Körperschaftsstatus, der Staatsleistungen oder des Religionsunterrichts. Ein solcher Kompromiss ist nicht von vornherein frei von Widersprüchen wie ein Konstrukt vom Reißbrett der Theorie. Das Grundgesetz knüpft an die Vorgegebenheiten der Geschichte und Gegenwart an: die Bedeutung der Religion, die Wirksamkeit der Kirchen, die christliche Imprägnierung der Kultur. Die Verfassung macht sich säkulare Derivate des Christentums zu eigen, ohne mit der Religionsfreiheit und den Gleichheitsgarantien in Widerspruch zu geraten.

Meyer: Herr Isensee, habe ich Sie richtig verstanden, dass Sie Bismarck als Vertreter des liberalen Fundamentalismus bezeichnet haben?

Weiß, W.: Meine Frage beschäftigt sich mit der immer wieder anzutreffenden These der weltanschaulichen Neutralität. Daraus wird gefolgert, dass eine Privilegierung etwa des Christentums als Religion verfassungsrechtlich unzulässig sei. Die Frage ist für mich, ob man damit nicht zugleich auch eine doch möglich sein müssende Identifizierung mit der eigenen Geschichte und damit eigenen Werten über Bord wirft. Was das Bundesverfassungsgericht zum Kruzifix entschieden hat, ist ja - wenn ich mich recht erinnere - in Italien bei einem obersten Gericht ganz anders gesehen worden, mit Hinweis auf das eigene Herkommen. Von daher ist für mich die Frage, ob wir mit dieser Figur der religiösen Neutralität wirklich weiterkommen. Oder müssen wir nicht doch zugeben, dass auch unsere Vorstellungen (Stichwort: Grundrechte als Werteordnung) wertgebunden sind, vielleicht sogar religiös in gewisser Weise; Herr Möllers hatte darauf etwas implizit hingewiesen. Nehmen wir das Beispiel der Gleichbehandlung von Mann und Frau. Daraus haben Sie, Frau Sacksofsky, gefolgert, dass es keine religiös begründeten Ausnahmen geben dürfe zum koedukativen Unterricht. Bei einer solchen Aussage scheint mir die Frage der Gleichberechtigung doch ganz klar wertorientiert. Wir sagen, unsere Gleichberechtigung bedeutet, dass Mann und Frau oder die Jungen und Mädchen zusammen gleich unterrichtet werden dürfen. Man würde diese Vorstellung doch vielleicht in einer anderen Kultur ganz anders sehen. Bei diesem Beispiel, denke ich, wird deutlich, dass auch wir unsere Vorstellung dessen, was wir unter Gleichbehandlung verstehen, oder was die Gleichbehandlung gebietet, doch auch als kulturell verankert, kulturell und damit auch religiös geprägt und in geschichtlichem Entstehen geworden, ansehen müssen. Vielen Dank.

Schönberger: Beide Referate haben aus meiner Sicht stärker rechtspolitisch oder verfassungstheoretisch argumentiert als auf das geltende Recht bezogen. Vor diesem Hintergrund will ich zwei Anmerkungen bzw. Anfragen formulieren, die ebenfalls eher verfassungstheoretischer Art sind.

Die erste betrifft die Frage: Gibt es eigentlich aus der Sicht der Referenten eine spezifische Gefahr gerade religiöser Freiheit? In beiden Referaten herrschte nach meinem Eindruck die Tendenz vor zu sagen, es gebe eine derartige besondere Gefahr eigentlich nicht, sondern es handele sich um die allgemeine Gefahr, die jede Art von Freiheitsbetätigung mit sich bringen kann. Religiöse Freiheitsbetätigung wäre dann kein Phänomen, das eigengeartete rechtliche Antworten nahelegt. Auch die entsprechenden Lösungsansätze der Referate – etwa die klassische rechtsphilosophische Unterscheidung von Überzeugung und Handeln – nutzen einen Formenschatz, der nicht in besonderer Weise gerade auf religiöse Freiheit bezogen ist. Es könnte aber doch sein, dass gerade die Intensität religiöser Vergemeinschaftung das Recht besonders herausfordert. Daher also die erste Frage: Liegt im Phänomen religiöser Freiheit eine spezifische Gefahr, die sie von den Gefahren anderer Freiheitsbetätigungen unterscheidet?

Mein zweiter Punkt betrifft die Frage der öffentlichen Rolle von Religion. Beide Referenten waren sich in einer positiven Einschätzung der öffentlichen Rolle von Religion einig, bei Unterschieden in anderen Fragen. Etwas undeutlich geblieben ist mir die Frage, wie sich dieses positive Verständnis denn nun eigentlich rechtlich realisieren soll. Bei Frau Sacksofsky schien mir klar, dass ihr rechtspolitisches Plädoyer für das Vereinsrecht der Religionen spricht, also die Beseitigung aller staatskirchenrechtlichen Restbestände und die Überführung der Religionsfreiheit – korporativ gedacht – in die Vereinsfreiheit. Modell hierfür sind die Vereinigten Staaten. Bei Herrn Möllers ist mir undeutlich geblieben, wie er die korporative Dimension der Religionsfreiheit in seiner Konzeption verfassungstheoretisch verarbeiten will. Jedenfalls müsste – und das

100 Aussprache

würde ich vor allem zum Referat von Frau Sacksofsky kritisch anmerken – noch deutlicher werden, wie Freiheit hier gerade als kollektives Recht verstanden werden soll. Diese kollektive Dimension ist für die Religionsfreiheit immer ganz zentral gewesen. Man muss hier also über die verschiedenen rechtlichen Formen religiöser Freiheit – die auch historisch sehr variantenreich waren – doch etwas genauer nachdenken. Mit dem einfachen Argument, Freiheit und Gleichheit forderten eben das Vereinsrecht, wird man dieser Differenziertheit der Situation nicht gerecht. Freiheit und Gleichheit müssen hier vielmehr überhaupt erst näher entfaltet werden – im Hinblick auf die vielfältigen Formen rechtlicher Vergemeinschaftung. Das klassische europäische Staatskirchenrecht hat sehr unterschiedliche korporative Formen entwickelt, die gerade die Öffentlichkeitsdimension der Religion rechtlich verfasst haben. Da kann die Antwort nicht schlicht sein: Machen wir doch alles im Vereinsrecht.

Engel: Wir haben jetzt sehr viele Meldungen zu Fragen der Neutralität, Freiheit, Gleichheit der Religion, und wie sie sich zueinander verhalten.

Waldhoff: Beide Referate gingen von einem völlig unterschiedlichen Begriff und Verständnis der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates aus. Ute Sacksofsky geht von einem der Rechtsordnung vorgelagerten – man könnte in diesem thematischen Zusammenhang sagen – quasi "naturrechtlichen" Konzept von Neutralität aus, das absolut gesetzt wird und als Übernormmaßstab für die gesamte Rechtsordnung funktionalisiert wird, der dann die notwendige "Nichtneutralität" jeder Rechtssetzung relativiert – das sogar teilweise für Normen auf der Verfassungsebene. So wird zumindest die Gefahr geschaffen, dass man selbst Verfassungsentscheidungen mit diesem methodischen Rüstzeug umdeuten kann, indem man – so im Referat etwa das Elternrecht, das in Art. 6 Abs. 2 GG klar verankert ist – relativiert, indem man die Kultushoheit der Länder, den Verfassungsraum der Länder in diesem Bereich nicht hinreichend beachtet. Immerhin wurde der Körperschaftsstatus nur als rechtspolitisches Postulat zur Abschaffung gestellt.

Christoph Möllers demgegenüber kann auf den Rekurs auf Verfassungsvoraussetzungen und auf Topoi wie "Kultur" oder "abendländischer Ordnung" verzichten, weil er von vorneherein die Rechtsordnung als nicht neutrale Ordnung versteht. Rechtsnormen erweisen sich als Ergebnisse von politischen Entscheidungen, sie sind damit notwendig kulturell, teilweise auch religiös geprägt. Etwas überspitzt formuliert könnte man sagen, dieses methodische Rüstzeug ermöglicht es, die alte staatskirchenrechtliche Kulturadäquanzformel zur Bewertung der Gefahren von Religion in einen Verfassungskonformitätstest umzuwan-

deln. Dies bezieht sich nicht auf den Inhalt der religiösen Lehren – diese darf und kann der weltanschaulich-religiöse Staat natürlich nicht bewerten – wohl aber auf die Folgen des Handelns von Religionsgemeinschaften. Vom Kulturadäquanztest zum Rechtstest überzugehen ist kein Etikettenschwindel, denn wir ersetzen einen weltanschaulichen durch einen juristischen Diskurs. Die Normen des Grundgesetzes, die dies ermöglichen, sind die verfassungsimmanenten Schranken: Art. 4 Abs. 1 GG im Grundrecht der Glaubens- und Religionsfreiheit, im institutionellen Staatskirchenrecht der Vorbehalt des "für alle geltenden Gesetzes" in Art. 137 Abs. 3 Weimarer Reichsverfassung.

Heinig: Wir haben in beiden Referaten ähnliche Absagen an Modelle der Hierarchisierung der Religionen gehört. Diese Absage scheint mir vor dem Hintergrund des deutschen Religionsverfassungsrechts angemessen, garantiert dieses doch die gleiche Berechtigung aller Religionen in offener Vielfalt. Wir haben aber auch sehr unterschiedliche Verhältnisbestimmungen von Freiheit. Gleichheit und Demokratie vorgeführt bekommen und ich meine, dass die Ausführungen von Frau Sacksofsky vor dem Hintergrund der Ausführungen von Herrn Möllers einiger Anfragen bedürfen. Das betrifft zunächst einmal die These 4, die davon ausgeht, dass das deutsche Staatskirchenrecht nur vor dem Hintergrund einer homogenen religiösen Ausgangslage zu verstehen ist. Wenn man sich jedenfalls die Verhandlungen in der Weimarer Nationalversammlung anschaut, muss man feststellen, dass religiöse Pluralität damals zumindest als theoretisches Problem im Blick war. Deshalb spricht das Staatskirchenrecht auch nicht von Kirchen, sondern von Religionsgemeinschaften. Das Weimarer Recht ist bereits vollumfänglich auf gleiche Teilhabe aller Religionen und Weltanschauungen angelegt. Folglich zwingen uns Änderungen in den religionssoziologischen Bedingungen nicht zu einer Reinterpretation des überkommenen Rechtsbestandes.

Dies führt mich zur zweiten Anmerkung: Die etablierten Weimarer Normen und ihre Adaption im Grundgesetz haben dazu geführt, ein positiv-freiheitliches Gesamtsystem zu entwickeln, das starke Elemente eines Angebots des öffentlichen Wirkens enthält. Herr Möllers hat das ausführlich dargelegt. Dieses Angebot des öffentlichen Wirkens ist mit einer Freiheitsdimension versehen, Öffentlichkeit als Teil religiöser Freiheit. Es zeichnet sich aber auch durch eine legitime religionspolitische Dimension aus. Diese Ebene blendet Frau Sacksofsky in ihrem Neutralitätsverständnis vollständig aus. Wenn man den Ausführungen von Frau Sacksofsky folgt, ist jede Form von Religionspolitik verboten. Das Staatskirchenrecht – wie es sich in der Verfassung widerspiegelt – nimmt aber ausdrücklich solche Elemente auf, indem Öffentlichkeit als Instrument

102 Aussprache

zur Einwirkung auf Religion unter Absehung von staatsreligiösen Implikationen verwendet wird.

Zu diesem Angebot des Öffentlichen gehört, dritte Anmerkung, der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus, und die Ausführungen dazu in dem Referat von Frau Sacksofsky sind zumindest problematisch. Die Verfassung postuliert eine gleiche Berechtigung im Zugang zum Körperschaftsstatus, Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV. Bleibt die Frage, ob trotz dieses Gleichheitsanspruches differenziert werden darf, um die Verfassungsordnung zu schützen. Damit bewegen wir uns in den Bahnen der ganz normalen Gleichheitsdogmatik. Es ist nicht ersichtlich, warum nicht entlang säkularer Kriterien verfassungsrechtlich Differenzierungen erlaubt sein sollen, um aktiv-kämpferische Verfassungsfeinde vom Zugang zum Körperschaftsstatus auszuschließen. Die hieraus resultierende Ungleichbehandlung rechtfertigt in keiner Weise, die bewährte Rechtsfigur der öffentlich-rechtlichen Körperschaft insgesamt in Frage zu stellen. In der Praxis liegt das eigentliche Gleichheitsproblem übrigens eher im Begriff der Religionsgemeinschaft. Der aber schützt gerade Religionsfreiheit und Neutralität des Staates und gewinnt von daher seine Legitimität. Vielen Dank.

Stern: Herr Möllers, mit dem ich beginnen möchte, hat die Verfassungserwartungen, die Verfassungsvoraussetzungen und ihre verfassungstheoretischen Hintergründe in den Mittelpunkt seines Referats gestellt. Natürlich ist es klar, dass bei unserem heutigen Thema, dies – wenn man Jakob Burkhardt nach seinen weltgeschichtlichen Betrachtungen zitiert – mit Staat, Religion, Kultur als die drei großen Potenzen erforderlich ist, um den Verfassungsstaat richtig zu verstehen. Sie haben, Herr Möllers, ich glaube in Leitsatz 15, dann auf Art. 79 Abs. 3 GG abgestellt; das ist ein entscheidender Punkt: freiheitliche demokratische Grundordnung, Rechtsstaat, Menschenwürde. Dies führt zwangsläufig dazu, dass die Religionsfreiheit nur so im Verfassungsstaat verankert werden konnte, wie sie tatsächlich – anknüpfend an frühere Verfassungen – bei uns verankert ist. Dieser Art. 79 Abs. 3 GG wird aber dann auch eine wichtige Grenze sein für die Ausübung der Religionsfreiheit.

Frau Sacksofsky, wenn ich Ihr Referat richtig verstanden habe, zieht sich wie ein roter Faden der Gleichheitssatz und der Gleichbehandlungsgrundsatz durch Ihre ganzen Ausführungen. Ich meine aber, dass bei der Religionsfreiheit die Freiheitskomponente die stärkere ist. Begonnen hat es ja mit der Religionsfreiheit damit, dass im Vordergrund zunächst historisch die negative Religionsfreiheit steht: Man darf nicht zu einer Religion gezwungen werden. Erst dann ist die positive Religionsfreiheit, dass man ungestörte Religionsausübung, Glaubensfreiheit,

Bekenntnisfreiheit hat, in den Vordergrund getreten, und diese positive Religionsfreiheit hat gerade hinsichtlich Verfassungserwartungen und Verfassungsvoraussetzungen einen ganz wichtigen historischen Hintergrund; der schien mir etwas ausgeblendet zu sein. Gleiches gilt für den Bezug zu Art. 140 GG und den schwierigen Kompromiss, den man bei der Rezeption der Weimarer Vorschriften hier übernommen hat.

Das führt dann dazu, dass wir die Frage stellen müssen: Wie können wir den Gefahren durch eine überbordende Religionsfreiheit begegnen? Da könnte man zunächst an den allgemeinen Gesetzesvorbehalt denken. Das hat das Bundesverfassungsgericht abgelehnt, wahrscheinlich zu Recht abgelehnt, so dass wir andere Überlegungen anstellen müssen. Unter diesen anderen Überlegungen sind verfassungsrechtliche Gemeinschaftsgüter, andere Grundrechte im Vordergrund stehend, und da meine ich, dass der Art. 79 Abs. 3 GG in Ihren Ausführungen als Grenze zu kurz gekommen ist. Danke.

Germann: Das Fragezeichen am Ende des Themas macht das Thema ambivalent, wir haben ein Thema mit These und Gegenthese. Die Ambivalenz löst man am besten auf, indem man sich gleich im Titel für eine "Gegenrede" entscheidet wie Christian Walter in seinem Begleitaufsatz [DVBI. 2008, S. 1073]. Wir haben jetzt weitere Gegenreden zu dieser These von der "Freiheit der Religion als Gefahr" gehört und noch niemanden gehört, der die These vertritt. Wenn es jemanden gibt, der diese These vertreten möchte, dann möge er doch aufstehen und hier sich präsentieren, damit wir jemanden haben, dem wir unsere Florette ins argumentative Herz stoßen können.

Vor dem Hintergrund der Gegenthese - dass man nämlich nicht davon sprechen kann, dass die religiöse Freiheit an sich als eine Gefahr zu behandeln ist - ist es schwierig, das geltende Recht für ungeeignet zu halten, um Probleme religiöser Freiheit zu lösen. Dazu muss man schon ein etwas spekulatives Bild von Defiziten zeichnen, wie Sie, Frau Sacksofsky, es getan haben. Ihre These 32 ist, das "gleichheitsrechtliche Potential" müsse "weiter entfaltet" werden. Wo sind die gleichheitsrechtlichen Defizite des geltenden Rechts genau? Sie plädieren dafür, "Inklusion statt Exklusion" müsse die Zielrichtung sein. Wo im geltenden Recht ist "Exklusion" "die Zielrichtung"? Ich seh's nicht. Sie sprechen in der These 11 davon, dass sich "das institutionelle Design an der tradierten Stellung der christlichen Großkirchen" orientiere. Wo eigentlich genau? Ich sehe davon nichts. Und gerade der von Ihnen in Frage gestellte öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus ist ein ganz schlechtes Beispiel für solche Defizite, denn gerade da – das ist eben von etlichen Vorrednern zu Recht ausgeführt worden – ist schon in der Konstruktion 104 Aussprache

des Zugangs zum Körperschaftsstatus die Lösung der Probleme angelegt, die Sie uns vor Augen halten wollten.

Hillgruber: Vieles von dem, was ich Kritisches zum Referat von Frau Sacksofsky sagen wollte, ist bereits gesagt worden, und das will ich nicht wiederholen. Aber ich darf anknüpfen an das, was Herr Isensee, was Herr Waechter und was Herr Waldhoff gesagt haben. In der Tat, die Referate könnten nicht unterschiedlicher sein und zwar von ihrem Ausgangspunkt aus. Das Referat von Frau Sacksofsky ist völlig ahistorisch, es setzt an mit einer - darauf hat Herr Möllers mit Recht hingewiesen höchst fragwürdigen, historisch fragwürdigen Säkularisierungsthese und will dann quasi mit vermeintlicher geschichtsphilosophischer Sicherheit das Ganze zum Ende führen, zu dem es hinkommen muss, nämlich eben zu radikaler, vollständiger Freiheit und vollständiger Gleichheit. Ich wollte auf einen Umstand aufmerksam machen, der mir dabei bemerkenswert erscheint, nämlich dass Ihr Freiheitsrigorismus der Ausgangspunkt Ihres Gleichheitsrigorismus ist. Ihr Ausgangspunkt ist eine – wie ich finde - wenig überzeugend begründete, eher vorausgesetzte These, was den Schutzbereich angeht. Jede Beschränkung, ieder Versuch, den Schutzbereich abzuschichten, wird von Ihnen zurückgewiesen mit der These: Das würde dem Schutzversprechen der Religionsfreiheit nicht gerecht! Das wäre doch gerade die Frage, das ist eine klassische petitio principii, die hier gar nicht weiterführt. Aber auf der Basis dieses umfassenden, wahrscheinlich auch ahistorischen Freiheitsverständnisses, nämlich der Freiheit, gemäß der religiösen Überzeugung zu tun und zu lassen, was man will, wird dann Ihr Gleichheitsrigorismus erst verständlich, denn weil diese Gleichheit auf diese Freiheit bezogen ist, muss jede Konfrontation mit religiösen Symbolen, die unerwünscht ist jedenfalls dann, wenn sie staatlich veranlasst oder auch nur staatlich geduldet wird - als Eingriff in die Religionsfreiheit gedeutet werden. Wenn man, wie gesagt, diese Ausgangsbasis, diese - wie Ladeur es wohl formulieren würde - diese Vorstellung von der Neutralität als Mythos entlarvt, dann - glaube ich - hat man sehr viel eher die Möglichkeit, das wurde ja in dem sehr differenzierten Referat von Herrn Möllers deutlich - verfassungsrechtlich die Unterschiede, die es geben mag, als historisch kontingent auszuweisen und auch zu akzeptieren. Das gilt auch für die religiösen Symbole. Ich verweise hier auf die These 18 von Herrn Möllers. Ich will abschließend nur noch darauf hinweisen, dass die Befassung mit der Sache bei Frau Sacksofsky nicht nur ahistorisch war. sondern auch ein Blick in die jetzt doch so beliebte Verfassungsrechtsvergleichung - und sei es auch nur im europäischen Raum - deutlich machen würde, dass diese strikte Entgegensetzung - entweder Identifikation oder Religionsfreiheit – so pauschal nicht richtig ist. Herr Möllers hat das auch deutlich gemacht. Es gibt in Europa eine Reihe von religionsverfassungsrechtlichen Systemen, die Staatsreligion kennen und gleichzeitig volle Religionsfreiheit. Dies hat auch der EGMR im Prinzip für miteinander vereinbar erklärt. Ich glaube, das sollte man zur Kenntnis nehmen.

Engel: Jetzt haben wir zum Abschluss der Generalia noch einen Beitrag, der vor allem methodische Fragen zum Gegenstand hat.

Pitschas: Frau Sacksofsky, entschuldigen Sie, dass ich mich mit einigen Bemerkungen kritischer Art zunächst an Sie adressiere. Die erste Frage ist in der Tat die, warum sieht man religiöse Freiheit eigentlich als Gefahr? Das ist Ihre These 2: Der Islam würde als Hauptgefahrenquelle wahrgenommen werden. Religionssoziologisch ist aber doch die Frage: Welchen Islam meinen Sie damit eigentlich? Vorausgehen muss also eine Klärung dessen, ob man Religion als Kultur, als soziales Milieu, als Glauben oder in welcher Hinsicht betrachtet. Mir liegt daran, dass wir nicht vorschnell eine Glaubensrichtung sozusagen in die Ecke stellen. Wenn man bei methodischen Bemerkungen fortfährt, dann ist die Frage nach der Religionsverfassung meiner Ansicht nach eine sehr kritische Frage, weil sie letztlich darauf hinführt, ob wir in Ihren Ausführungen den verfügbaren dogmatischen Rahmen ausgeschritten haben. Wenn es denn überhaupt Teilverfassungen gibt, dann müsste man doch entsprechend Ihrer These 6 zum Selbstverständnis des Grundrechtsträgers die Gewissensfreiheit hinzunehmen, um von Verfassung wegen die Ausübung der Religion in das Selbstbekenntnis zu stellen. Mir fällt ferner auf, dass Sie gar nicht auf die europäischen Ansätze in den Richtlinien 2000 und 2004 und dem neuen Richtlinien-Entwurf zur Antidiskriminierungspolitik der Europäischen Gemeinschaft eingegangen sind. Dort spielt die Religionsfreiheit eine sehr große Rolle mit einem Ansatz, der in dem jetzigen Kommissionsentwurf deutlich wird, nämlich zu sagen, wir wollen sogar aktive Tendenzen - etwa im Bereich der Tendenzbetriebe – und dort eine religionsbezogene Förderungspflicht verankern.

Ich möchte abschließend noch 2 Verstrebungen anmahnen, die Herr Möllers in seinem Theoriegeflecht weggelassen hat. Die erste Frage hierzu ist, Herr Möllers, müssten wir nicht aus Art. 18 GG die wehrhafte Verfassung dazu nehmen? Und die zweite Frage ist: Wenn Sie schon Religionsrecht als Gefahrenabwehrrecht betrachten, dann müsste man vielleicht doch auch noch einmal den kulturellen Identitätshintergrund dessen überprüfen. Der Gottesstaat Iran hat eine andere verfassungsrechtliche Grundlegung als etwa die Bundesrepublik Deutschland:

Religionsrecht ist dort materielles Staatsrecht. International verfassungsrechtlich würde ich also nicht Ihrer These ohne weiteres folgen, sondern die Funktionendivergenz von Religionsrecht betonen wollen. Vielleicht habe ich Sie aber auch falsch verstanden.

Engel: Wir sind damit bei einem großen zweiten Block von Diskussionsbeiträgen, die teils dogmatische Fragen stellen, teils konkrete Konflikte ansprechen, oft beides zugleich. Ich beginne mit zwei Beiträgen zu der Frage, wie Glaubensfreiheit zu verstehen ist und wie das dahinter stehende Phänomen des Glaubens juristisch zu erfassen ist.

Jarass: Lassen Sie mich ein Wort zur Bedeutung der über Art. 140 GG geltenden Regelung des Art. 136 Abs. 1 WRV sagen. Da gibt es bekannterweise Streit um die Frage, ob diese Vorschrift einen Gesetzesvorbehalt für die Glaubensfreiheit des Art. 4 GG enthält oder ob das nicht der Fall ist. Insoweit würde ich gern Ihre Aufmerksamkeit darauf lenken, dass es noch eine weitere Möglichkeit gibt, mit dem Konflikt umzugehen. Ausgangspunkt des Konflikts ist der Umstand, dass die Glaubensfreiheit - und ich meine zu Recht - in Deutschland in ihrem Schutzbereich sehr weit gefasst wird, dass sie sich also nicht auf die Kultus- und Bekenntnisfreiheit beschränkt, sondern dass sie auch allgemeines glaubensgeleitetes Verhalten erfasst. Dieser Umstand führt dann dazu, dass das gleiche Verhalten, wenn es glaubensgeleitet ist, einen intensiveren Schutz genießen kann, als wenn es um nicht glaubensgeleitetes Verhalten geht. Auf der anderen Seite gibt es die Regelung des Art. 136 Abs. 1 WRV, die nicht nur eine Benachteiligung wegen glaubensgeleiteten Verhaltens ausschließt, sondern auch eine Privilegierung. Die beiden Vorgaben stehen zwangsläufig in einem Spannungsverhältnis. Denn wenn auf der einen Seite das glaubensgeleitete Verhalten besonders geschützt wird, dann scheint damit automatisch eine gewisse Privilegierung verbunden. Es ergibt sich also der Befund, dass im Grundgesetz zwei Verfassungsnormen enthalten sind, die in unterschiedliche Richtungen tendieren. Die allgemeine Lösung bei solchen Konflikten zwischen verschiedenen Verfassungsnormen ist die Lösung über die Figur des kollidierenden Verfassungsrechts. Daher sollte man die Vorschrift des Art. 136 Abs. 1 WRV im Verhältnis zur Glaubensfreiheit des Art. 4 GG als kollidierendes Verfassungsrecht begreifen. Im Konfliktfall ist zunächst eine gesetzliche Regelung notwendig, sofern in die Glaubensfreiheit eingegriffen werden soll. Weiter ist eine Abwägung geboten. In deren Rahmen könnte man dann auch berücksichtigen, dass die beiden Regelungen zwar grundsätzlich gleichrangig sind, dass aber die Entscheidung des Verfassungsgebers, die Glaubensfreiheit des Art. 4 GG als ein Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt bereits im ersten Teil des Grundgesetzes zu verankern, dieser Vorschrift eine besonders prominente Stellung verleiht. All das ließe sich – so meine ich – dogmatisch gut bewältigen, wenn man in Art. 136 Abs. 1 WRV keinen Gesetzesvorbehalt für die Glaubensfreiheit sieht, sondern eine Vorschrift des kollidierenden Verfassungsrechts, die bei der Anwendung des Art. 4 Abs. 1 GG zu berücksichtigen ist. Vielen Dank.

Schmidt-Jortzig: Liebe Frau Sacksofsky, an Sie möchte ich mich wenden, aber zunächst, damit Sie auch deutlich Unterstützung bekommen. sagen, dass ich mich mit Ihren meisten Thesen aus Teil 2 durchaus einverstanden erklären kann. Nur bei Ihren dogmatischen Ausgangspositionen zeigt sich mir einiger Nachfragebedarf. Sie haben Religion als Sinnsystem zur Führung eines guten Lebens beschrieben, bei These 6 war das. Das scheint mir ein wenig kurz gegriffen und eher die Definition von Ethik als entscheidendem Verhaltensmaßstab zu sein. Religion setzt auf transzendente Bezüge, die Verinnerlichung derselben hat Herr Möllers hervorgehoben, und von dorther hole ich in Vertrauen und Glauben, d.h. ohne stets eigene kritische Gegenprüfung, was gut daran sei, die Normen für die Gestaltung des eigenen Lebens. So sehr ich immer dafür streite, dass wir Recht und Ethik auseinander halten, gerade in Zeiten von Wohlfühldiktionen und Kuscheldiskurs, so sehr würde ich im Übrigen auch darauf dringen wollen, dass wir Ethik und Religion unterscheiden. Das mag sich dann individuell-subjektiv in jeder Person wieder miteinander vermengen, aber wissenschaftlich sollten wir die verschiedenen Normquellen schon auseinander halten.

Zweitens: Sie haben bei Ihrer These 8 von der "vollständigen" Religionsfreiheit gesprochen, die verlange, dass sich der Staat enthält, den Glauben seiner Bürgerinnen und Bürger zu bewerten, und haben dann nachher gesagt, dies sei eben äußerst nützlich für den demokratischen Diskurs. Auch das scheint mir ein wenig zu kurz gegriffen oder einseitig gesehen. Die Religionsfreiheit ist ja keine Strukturentscheidung oder Staatszielbestimmung oder institutionelle Garantie, sondern ein Grundrecht. Ich glaube, wichtig ist deshalb zu sehen, dass unsere Verfassung einfach die Spiritualität des Menschen als einen ganz maßgeblichen Teil seines Wesens erkennt und deswegen diese Entfaltungsmöglichkeit garantiert. Von daher kommt ja auch die Mutterfreiheitstheorie von Georg Jellinek für diese Gewährleistung. Die Religionsfreiheit ist also vor allem eine subjektive Position, ein Grundrecht, und keine objektive Garantie. Das, was man daraus dann objektiv hervorholen kann, mag interessant sein, birgt aber immer auch alle Gefahren des Hineininterpretierens eigener Vorstellungen, damit man nachher in dem berühmten Zirkelschluss wie selbstverständlich eben die Dinge herausholt, die man selber zuvor hineingepackt hat.

Engel: Wir haben nun vorhersehbarerweise gleich mehrere, die die These zum Körperschaftsstatus aufgreifen wollen.

Walter: Ich möchte zunächst eine Vorbemerkung machen, die einen Eindruck von der Diskussion wiedergibt. Offenbar spielt – obwohl die Formulierung des Beratungsgegenstands uns eher auf die Spur der Freiheit und ihrer Grenzen setzt – die Gleichheit eine zentrale Rolle in der Gesamtproblematik. Jedenfalls ist dies in vielen Diskussionsbeiträgen angeklungen und ein zentrales Thema im Referat von Frau Sacksofsky gewesen. Der Betonung des Gleichheitsgedankens bringe ich viel Sympathie entgegen. Ich glaube aber, dass er beim Körperschaftsstatus doch überzogen worden ist. Dazu möchte ich zwei Punkte ansprechen, die sich auf die Thesen 13 und 14 beziehen:

Der erste Punkt: Sie sagen in der These 13, dass die einzige gleichheitskonforme Lösung in der Abschaffung des Körperschaftsstatus, also einer Verfassungsänderung bestehe. In These 14 aber stellen Sie fest, dass eine gleichheitsgeprägte Deutung der Religionsverfassung ohne methodische Brüche entwickelt werden könne. Hierzu wäre meine Rückfrage: Wenn sich die nach These 13 Ihrer Auffassung nach aus Gleichheitsgründen erforderliche Verfassungsänderung politisch nicht realisieren lässt, bedeutet das unter dieser Voraussetzung nicht notwendig doch einen methodischen Bruch? Oder umgekehrt: Müsste die Methodik der Verfassungsinterpretation nicht in der Lage sein, alle Verfassungsbestimmungen ohne Verfassungsänderung methodisch einwandfrei zu interpretieren?

Der zweite Punkt: Wenn ich mich auf die These 13 einlasse, dann stellt sich die Frage, wo die Begründung dafür herkommt, dass die Abschaffung des Körperschaftsstatus die einzige gleichheitskonforme Lösung ist. Sieht man sich die verschiedenen Rechtsformen im Privatrecht an, dann ist es keineswegs so – auch in verschiedenen anderen Staaten –, dass immer nur eine einzige Rechtsform zur Verfügung stünde. Es gibt also sehr wohl auch im Privatrecht gestufte Rechtsformen, die untereinander nicht gleich sind, sondern nur als ein Angebot der Rechtsordnung verstanden werden können. Wenn Sie eine solche Stufung innerhalb des Privatrechts akzeptieren, dann stellt sich die Frage, warum allein mit dem Übergang vom Privatrecht ins Öffentliche Recht eine Grenze überschritten wird, die eine andere Lösung verlangt. Der Vergleich mit dem Privatrecht zeigt also, dass allein die Existenz gestufter Rechtsformen den behaupteten Gleichheitsverstoß nicht begründen

kann. Also kann das Problem wohl doch nur die Vorstellung von einer besonderen Nähe und positiven Haltung zum Staat sein, die Sie ja auch am Ende von These 12 ansprechen. Genau hier hat das Bundesverfassungsgericht aber in der Zeugen Jehovas-Entscheidung einen Weg gefunden, der das Problem gleichheits- und freiheitskonform löst, so dass ich – um den Punkt zusammenzufassen – sagen möchte: Ich bin nicht überzeugt vom Ergebnis der These 13, dass die Abschaffung des Körperschaftsstatus der einzige gleichheitskonforme Weg ist.

Ein Satz zu Christoph Möllers. Mich hat die Dekonstruktion der Neutralität auf der Ebene der Verfassungsvoraussetzungen sehr angesprochen. Eine Rückfrage wäre: Bleibt von der Neutralität gar nichts übrig? Oder gibt es nicht doch eine Restvoraussetzung, an der wir festhalten müssen? Unfertig und als Idee in den Raum gesprochen: Wäre die wechselseitige Autonomie von öffentlicher Gewalt und Religion nicht eine solche Voraussetzung, ohne die ein freiheitlicher Verfassungsstaat nicht funktionieren kann?

de Wall: Frau Sacksofsky, ich möchte Ihnen ausdrücklich zustimmen zu der These, dass Inklusion von Religionsgemeinschaften statt Exklusion gefragt ist und anders als Michael Germann bin ich auch der Meinung, dass es tatsächlich Zeichen von Exklusion gibt; jedenfalls werden Bestrebungen der Muslime, inkludiert zu werden, derzeit enttäuscht. Die Thesen 12 und 13 scheinen mir dann doch eine etwas merkwürdige Taktik bei der Inklusion vorzugeben, nämlich Inklusion durch Exklusion einer zur Verfügung stehenden Rechtsform, die diejenigen, die inkludiert werden möchten, gerade erlangen wollen. Das erscheint mir nicht ganz konsequent. Jetzt aber zu meinem eigentlichen Einwand, dem grundsätzlicheren. Sie behaupten ja in These 12 ein Dilemma, dessen Existenz doch hinterfragbar ist. Inwiefern wird durch den Körperschaftsstatus Teilhabe an öffentlicher Gewalt, die durch das Grundgesetz konstituiert ist, vermittelt? Der Körperschaftsstatus wird doch üblicherweise sehr viel bescheidener verstanden als Möglichkeit, in einzelnen Bereichen von Rechtsformen Gebrauch zu machen, die sonst typischerweise nur vom Staat benutzt werden, und nicht mehr. Diese Möglichkeit, von bestimmten Rechtsformen Gebrauch zu machen, dient zum einen der Förderung und zum anderen dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften. Warum führt es in ein Dilemma, andere Religionsgemeinschaften daran zu beteiligen, und wieso ist es Voraussetzung, dass die Religionsgemeinschaften sich der Verfassung des Staates verpflichtet fühlen? Sie dürfen die Verfassung nicht bekämpfen, das ergibt sich schon aus den Schranken der Grundrechte, die wir ohne weiteres heranziehen können. Aber dass hier ein Dilemma vorliegt, das scheint mir nicht der Fall zu sein. Im Übrigen kann ich mich an das anschließen, was Herr Walter gesagt hat.

Classen: Meine erste Bemerkung betrifft den Körperschaftsstatus, und da kann ich anknüpfen an das, was Herr de Wall gesagt hat. Mit diesem Status wird den Religionsgemeinschaften die Möglichkeit eröffnet, in einer bestimmten Rechtsform tätig zu werden. Über das, was materiell die öffentliche Gewalt ausmacht, nämlich die Fähigkeit, auch gegenüber Unbeteiligten, also Personen, die nicht der Gemeinschaft beigetreten sind usw., Hoheitsgewalt auszuüben, Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, verfügen die Religionsgemeinschaften damit aber nicht. Allen deren Hoheitsakten kann man sich mit sofortiger Wirkung durch Austritt entziehen. Von daher geht es beim Körperschaftsstatus nur um die äußere Rechtsform, aber nicht um das, was inhaltlich unter öffentlicher Gewalt im Sinne des Grundgesetzes zu verstehen ist. Mit dieser Überlegung kann man, glaube ich, alle insoweit aufgeworfenen Probleme lösen.

Dann Bemerkungen zu Christoph Möllers. Zunächst zu These 4. Mich hat etwas der Hinweis auf die Allzuständigkeit des Staates gestört. Sie haben ja, Herr Möllers, in These 7 die Transzendenz von Religion angesprochen. Für die Regelung des Jenseits, für das Seelenheil der Menschen ist der Staat prinzipiell nicht zuständig. Im übrigen kann der Staat bestimmte Entscheidungen treffen, die dann im Ergebnis die eine Religionsgemeinschaft stärker begünstigen als die andere, zum Sonntagsschutz oder zum Schächten oder zu was auch immer. Aber selbst dann muss er bei der Begründung dieser Entscheidung an andere Gesichtspunkte anknüpfen als die Religionsgemeinschaft bei ihren Festlegungen. Und wenn der Staat Heimstatt aller Bürger sein soll, dann muss insoweit natürlich auch die Gleichheit eine zentrale Rolle spielen; die Tradition ist insoweit kein Ersatzargument. Insofern möchte ich auch dezidiert Ute Sacksofsky mit ihrem gleichheitsrechtlichen Impetus unterstützen, denn jede Ungleichbehandlung heißt ja, dass der einen Religion mehr und der anderen weniger Freiheit zugebilligt wird. Von daher besteht hier eine ganz unmittelbare Verknüpfung von Freiheit und Gleichheit.

In diesem Zusammenhang eine letzte Frage an Herrn Möllers zur These 18, wo ja die demokratische Gestaltungsmöglichkeit in Bezug auf die Zulassung religiöser Symbole angesprochen wird. Weder dort noch sonst irgendwo wird die Gleichheit besonders angesprochen. Daher meine Frage, spielt die Gleichheit aus Ihrer Sicht tatsächlich keine Rolle, oder ist es einfach der Zeit geschuldet, dass das nicht zum Ausdruck gebracht wurde? Vielleicht könnten Sie insoweit Ihre Überlegungen noch etwas ergänzen.

Engel: Ein unvermeidlicher weiterer Gegenstand – ich will nicht gleich Streitgegenstand sagen – ist das Kopftuch.

Detterbeck: Ich fasse mich kurz und komme gleich zum Unwesentlichen, wie Herr Isensee vor vielen Jahren einmal so trefflich formulierte. Es geht mir um den Punkt Kopftuchverbot, den Frau Sacksofsky mehrfach thematisierte. Hierbei sind nach meinem Dafürhalten zwei, drei Aspekte etwas unterbelichtet geblieben. Zum einen geht es beim Kopftuchverbot nur um den Bereich des öffentlichen Dienstes und nicht um das Leben außerhalb des öffentlichen Dienstes. Der öffentliche Dienst aber ist kein Medium der freien Selbstentfaltung der Dienstnehmer, sondern der Dienstnehmer repräsentiert in erster Linie den Staat. Er hat seinen Dienst – wenn nicht mit Freude – so doch zumindest mit ganzer Hingabe zu verrichten, und ein tragendes Strukturprinzip des öffentlichen Dienstes, auch wenn das etwas altvordern klingt, meine Damen und Herren, ist unbestreitbar die Neutralität des Dienstnehmers. Und nichts anderes als diese Neutralitätspflicht des Dienstnehmers, die nicht nur die Beamten, sondern auch die Angestellten und sonstigen Dienstnehmer trifft, hat der Gesetzgeber ausgestaltet und konkretisiert. Zum anderen kenne ich kein einziges Gesetz in Deutschland, das speziell das Tragen von Kopftüchern verbietet. Derartige Gesetze gibt es in Deutschland nicht. Die einschlägigen Gesetze verbieten das Tragen und Verwenden von Symbolen, Kennzeichen und Kleidungsstücken, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität der Amtsführung der Dienstnehmer zu beeinträchtigen. Welche Symbole, Kleidungsstücke und Merkmale dies sind, entscheiden die Verwaltungsbehörden, die insoweit allerdings keinen Beurteilungsspielraum haben, und letztinstanzlich zunächst einmal die Fachgerichte und dann gegebenenfalls die Verfassungsgerichte. Und wenn nun das islamische Kopftuch ein Symbol ist, dessen Verwendung das Vertrauen in die Neutralität der Amtsführung gefährdet, dann ist das Tragen des Kopftuches nicht verboten, weil es ein islamisches Kennzeichen ist, sondern weil diesem Kopftuch u.a. auch eine politische Funktion zukommen kann. Wenn das Tragen eines kleinen Kreuzes erlaubt ist, das nur bei größter Anstrengung etwa im Dekolleté einer Lehrerin erkennbar ist, dann nicht deswegen, weil es ein christliches Symbol ist, sondern weil dieses Symbol nicht geeignet ist, das Vertrauen in die Neutralität der Amtsführung zu gefährden. Insoweit werden sämtliche Religionen in Deutschland nach meiner festen Überzeugung gleich behandelt. Und wenn der Gesetzgeber auf Werte der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition abstellt, dann tut er dies in Anknüpfung an die beiden Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im 41. Bande, in denen das Bundes112 Aussprache

verfassungsgericht zum Ausdruck gebracht hat: Hier geht es nur um grundlegende Werte des Grundgesetzes wie Menschenwürde, Gleichberechtigung, Toleranz oder das Demokratieprinzip.

Bock: Zunächst zur Abgrenzung zwischen religionsbezogener Meinungsäußerung und religionsbezogener Aufforderung zum Handeln, sodann zum Kopftuch. Das von Herrn Möllers mit gutem Grund angesprochene Problem der grundrechtlich geschützten religiösen - im Extremfall: theokratischen - Überzeugungen und der Gefahrenabwehr im Bereich politischen Handelns birgt besondere Schwierigkeiten. Das zeigt sich, wenn man islamische, als fundamentalistisch bezeichnete und teils zum Terrorismus neigende Strömungen näher betrachtet: Glücklicherweise steht uns mit dem Film Hamburger Lektionen eine Reihe von Predigten mit eben dieser Ausrichtung in einer Hamburger Moschee aus dem Jahr 2000 zur Verfügung. Die Frage, ab wann wir einen Aufruf zum Handeln vor uns haben, einen Aufruf, auf den wohl bemerkt auch die Terroristen vom 11. 09. 2001 reagiert haben mögen, diese Frage ist schwer zu beantworten. Dazu bedarf es der Kenntnis islamischer Theologie. Dann aber ergibt sich eine klare Antwort: Der Prediger hätte, abgesehen von der Möglichkeit strafrechtlicher Verfolgung, damals sofort ausgewiesen werden können und müssen. Rechtlich wäre das möglich gewesen. Die staatlichen Organe wussten in jeder Hinsicht zu wenig und konnten deshalb ihren Aufgaben nicht nachkommen.

Nun zum Kopftuch: Die insofern von Frau Sacksofsky angesprochene Problematik bedarf – das habe ich zum Teil vermisst – genauerer dogmatischer Kleinarbeitung. Für die Schule stellt sich die Frage, ob Kopftuch tragende Lehrpersonen durch ihre Autorität die Konflikte in muslimischen Familien in die eine oder andere Richtung beeinflussen. Wie offen darf oder muss die Schule dafür sein? Diese Frage stellt sich zugleich mit der Frage nach der Grundrechtsberechtigung der Lehrpersonen. Dieser Streit wirkt sich auch auf die unterschiedlichen Landesgesetze aus. Das Kopftuch von Schöffinnen oder Richterinnen steht in einem ganz anderen Konfliktfeld. Hier geht es auch um Fragen der Befangenheit und um weitere Probleme, die ich hier nicht im Einzelnen erörtern kann.

Anschließend noch zwei kurze Anmerkungen zum Vortrag von Frau Sacksofsky: Eine Kultursteuer führte schlicht zu einer Verstaatlichung bisher freiwillig wahrgenommener Aufgaben und damit zu einem Minus an Freiheit. Zum Vorschlag betreffend den Körperschaftsstatus: Sollte man den in den Vereinigten Staaten anzutreffenden Formen der Bildung und der Praxis von Religionsgemeinschaften gegenüber den in Deutschland bewährten Formen den Vorzug geben – und darauf scheint mir Ihr

Vorschlag hinauszulaufen –, dann bedarf es für diese verfassungspolitische Grundentscheidung weiterer Argumente als der schlichten Berufung auf den Gleichheitsgedanken. Die Ingangsetzung eines derart grundlegenden, verfassungsrechtlichen wie verfassungspolitischen Wandels ist so nicht zu legitimieren.

Engel: Wir haben dann zwei Meldungen zum Thema Schule.

Wißmann: Beide Referenten haben mit unterschiedlichen Akzenten, aber doch im wesentlichen in einer bewährten Traditionslinie, den weiten Schutzbereich der Religionsfreiheit in seiner Sperrigkeit betont und verteidigt und damit – wenn ich es zustimmend pointieren darf – im Grundsatz die Gleichbehandlung des Ungleichen eingefordert.

Frau Sacksofsky hat das jedoch nochmals zugespitzt unter dem Aspekt einer strikten Gleichbehandlung, und dazu möchte ich zwei rückfragende Bemerkungen machen. Erstens: Ihr Lob der Kruzifix-Entscheidung war mit dem Bindewort inzwischen versehen. Sie haben so einen Bruch zu den Entscheidungen christliche Gemeinschaftsschule/ Schulgebet zumindest angedeutet. Und das ist ja von genau entgegen gesetzter Warte schon genauso gesehen worden, dass sich hier ein Graben auftun würde. Ich will diese Sichtweise in Frage stellen. Besteht dieser Graben wirklich? Geht es hier nicht vielmehr um zwei ganz verschiedene Fragen, die man deutlich unterscheiden muss, nämlich zum einen das symbolisch-abgeschlossene Staatshandeln und zum anderen die Möglichkeit gelebter Religiösität im öffentlichen Raum? Konkret gewendet: Wenn der Staat Schule praktisch ausschließlich veranstaltet, dann gehört zu diesem Bildungsprozess auch die Freiheit zur Religion, nicht nur als innerliche Haltung, sondern auch als personaler, offener Prozess und damit als positive Bezugsgröße einer pluralistischen Schule, wie Herr Möllers es genannt hat. Und dann - wenn man das so verknüpft - macht auch die von Ihnen ebenfalls gelobte Kopftuchentscheidung einen neuen Sinn, die nämlich die Lehrerin als Person in diesem Prozess pluralistischen Unterrichtens wahrnimmt und ernst nimmt. Es wäre sozusagen eine neue, im Kern widerspruchsfreie Linie von Schulgebet und Gemeinschaftsschule über Kruzifix zum Kopftuch freizulegen. Dabei entsteht dann für die schulische Realität ein in der Tat sehr anspruchsvolles Konzept. Es ist fragil, es ist nicht vollzugsfähig, sondern muss immer wieder mit Leben gefüllt werden. Das wäre eine Aufgabe qualitätsvoller Personalsteuerung und Inhaltssteuerung.

Zweite, knappe Bemerkung: Zum Körperschaftsstatus ist schon Entscheidendes gesagt worden. Es geht nicht um Teilhabe an öffentlicher Gewalt, es geht um die Entsprechung zur inneren Struktur einer Reli114 Aussprache

gionsgemeinschaft, also ein Formangebot des Staates. Das eigentliche Problem, das Sie nicht behandelt haben, das auch bisher nicht weiter erwähnt worden ist, ist dabei doch das gerade an den Körperschaftsstatus geknüpfte Privilegienbündel. Diese Verknüpfung aufzulösen wäre vielleicht der richtigere Ansatz. Dankeschön.

Hufen: Ich bin beiden Referenten sehr dankbar, dass sie das Thema Schulpflicht angesprochen haben und gerade die uneingeschränkte Schulpflicht auch gegenüber religiösen Argumenten im Bereich der Sexualkunde, der Klassenfahrten, des Sportunterrichts usw. sehr deutlich betont haben. Das ist in Zeiten einer Infragestellung der Schulpflicht aus dem Blickwinkel des Elternrechts oder der religiösen Erziehung und des sogenannten "home schooling" wichtig, das ja im europäischen Ausland und in Amerika schon einige Erfolge erzielt hat. Die Volksschule - ich benutze diesen vermeintlich veralteten Begriff hier ganz bewusst - als Schule für das ganze Volk hat heute die Bedeutung der sozialen Gleichheit, der Integration, auch der Gleichberechtigung der Geschlechter, und das ist ein sehr wichtiges Erziehungsziel, das sich im übrigen in allen Schulgesetzen finde. Deshalb also ein deutliches Ja dazu. Man kann das sogar noch staatspolitisch erweitern. Unter den Bedingungen der kulturellen Migrationsgesellschaft und auch im Hinblick auf das Ziel der sozialen Gleichheit - das vielleicht als kleine Brücke zum Thema des heutigen Nachmittags - ist die für alle gemeinsame Schule eben eine Institution, in der der Staat Voraussetzungen schafft und beeinflussen muss, von denen er lebt, um dieses Zitat einmal mal umzudrehen, das ja mehrfach angesprochen worden ist. Und gerade in diesem Zusammenhang finde ich es dann doch bedenklich, dass Frau Sacksofsky die Brücke zur Gleichberechtigung der Schülerinnen nicht geschlagen hat, sondern nur auf die Gleichberechtigung und die Religionsfreiheit der Lehrerin eingegangen ist. Dabei scheint mir hier die eigentliche verfassungsimmanente Schranke der Religionsfreiheit der Lehrerin zu liegen. Sie kann das Erziehungsziel Gleichberechtigung als Trägerin dieses Symbols nicht glaubhaft verkörpern. Ein muslimisches Mädchen in der Schule, dem die Brüder aufsitzen, wenn sie sich nicht verschleiert, das der Vater von der Klassenfahrt fernhält, hat einen Anspruch darauf, in der Schule nicht wieder mit einer Lehrerin mit Vorbildfunktion konfrontiert zu werden, die ihr wieder sagt, du bist religiös nicht in Ordnung, wenn du kein Kopftuch trägst. Das ist der eigentliche Grund des Kopftuchverbots, die Gleichberechtigung der Mädchen und die Integrationsfunktion der Schule. Vielen Dank.

Möllers: Ich danke erstmal sehr für die Zustimmung, und da wir in einer wissenschaftlichen Vereinigung sind, danke ich natürlich noch herzlicher für die Kritik. Lassen Sie mich vielleicht damit beginnen, noch etwas zum Neutralitätsprinzip zu sagen, weil ich glaube, dass hier zum Teil auch in den zustimmenden Äußerungen ein kleines Missverständnis aufgetreten sein könnte. Meine Kritik am Neutralitätsprinzip kann ich letztlich eigentlich am Komplex Schule, am Fall des Kruzifixes, relativ klar formulieren: Wenn eine demokratische Gemeinschaft sich dazu entscheidet, ein religiöses Symbol in ihrer Schule aufzuhängen, dann scheint mir das erstmal eine legitime demokratische Entscheidung zu sein. Wenn es unter Schulpflicht stehende Beteiligte gibt, die plausibel machen können, dass ihre eigenen religiösen Geltungsansprüche dadurch in Frage gestellt werden, dann ist dieser Fall grundrechtsdogmatisch zu lösen. Für ein Neutralitätsprinzip jenseits der demokratischen Entscheidung einerseits und dem grundrechtlichen Anspruch andererseits scheint mir kein Platz zu sein. Ich habe mich also gegen die Objektivierung der gleichen Freiheit gewandt, die dann zu einem Konstitutionalisierungsprinzip wird, das die Möglichkeiten, solche konkurrierenden Geltungsansprüche individuell zu lösen, beschränkt, das Ganze fundamentalisiert, und sozusagen prinzipiell lösen will, wo viele verschiedene Lösungsmöglichkeiten denkbar sind. Es geht stattdessen darum zu verhindern, dass wir hier das Subjektive objektivieren, dass wir festhalten: Wir haben nicht mehr als die religiöse Freiheit von Einzelnen und die Selbstbestimmung einer Gemeinschaft, die sich sowohl als laizistisch, als auch als agnostisch, als auch als religiös verstehen kann. Mehr nicht.

Das ist meine Kritik am objektiven Neutralitätsprinzip und das bedeutet zugleich, dass ich natürlich, genauso wie Frau Sacksofsky, bei deren Vortrag mir eigentlich eher die Übereinstimmungen mit meinem Vortrag aufgefallen sind, für ein Prinzip gleicher Freiheit plädiere. Es gibt gar keinen anderen Freiheitsbegriff. Freiheit ist immer die abstrakte Formulierung eines Rechtes, eines einklagbaren Rechtes, das generell abstrakt formuliert zur Freiheit wird. Wäre es nicht generell abstrakt formuliert, stünde es also nicht allen prinzipiell gleich offen, wäre es ein Privileg. Das ist etwas ganz anderes, eine ganz andere Kategorisierung. Also, im Begriff der Freiheit selbst, und das ist immer noch kantianisch am besten zu Ende zu denken, ist der Begriff der gleichen Freiheit schon angelegt. Mehr, denke ich, brauchen wir nicht.

Darum brauchen wir, um auf Herrn Walters Frage einzugehen, in der Tat auch keinen Autonomieschutz für Religion im Ganzen. Ich bin mir auch nicht sicher, ob es so etwas wie Autonomie zwischen Religion und Politik überhaupt gibt. Das sind alles noch die alten Theorien der sozialen Ausdifferenzierung von Max Weber bis Niklas Luhmann, über die wir in sehr vielen Bereichen, auch in der Kritik der Säkularisierung im Moment hinweg kommen. Mir scheint, wir müssen dabei bleiben zu fragen: Kann das Recht kollidierende Geltungsansprüche lösen oder kann es das nicht? Und wir müssen Antworten darauf nicht soziologisch oder in irgendeiner anderen Weise prinzipiell überhöhen. Damit ist aber auch deutlich gesagt, dass es in dem Augenblick, in dem Minderheitenreligionen - um das mal so ganz pauschal zu sagen - ihre Geltungsansprüche plausibel machen können, sie natürlich das Recht haben, diese Geltungsansprüche auch durchzusetzen zu können, und deswegen ist auch klar, dass aus dem Prinzip gleicher Freiheit auch folgen muss, dass der Gesetzgeber nicht die Freiheit hat - und das habe ich relativ ausdrücklich formuliert -, bestimmte religiöse Geltungsansprüche einfach hinwegzudefinieren oder andere als "Kultur" zu privilegieren. Darum würde ich Herrn Classen im Ergebnis zustimmen und deswegen scheint mir auch die Gesetzgebung im Schulbereich, die wir im Moment in Hessen oder in Bayern erleben, verfassungsrechtlich sehr bedenklich zu sein.

Im Übrigen, um diesen kleinen Hinweis noch zu geben, ist die aktuelle Auslegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im 41. Band zur christlichen Gemeinschaftsschule durch die Gerichte doch sehr eigentümlich. Die alte Rechtsprechung hatte ja eine ganz andere Stoßrichtung. Ich möchte dem, was Herr Detterbeck implizit gesagt hat, widersprechen. Sie diente erst einmal dazu, unter den Bedingungen eines relativ definierten verfassungsrechtlichen Textbefundes, den Minderheitenrechten der Beteiligten einen möglichst weiten Raum zu liefern. Diese Deutung wird gerade jetzt umgedreht und so werden die Entscheidungen im 41. Band zum Teil von der Verwaltungsrechtsprechung und den Landesverfassungsgerichten wörtlich unrichtig zitiert, um dann zu sagen, wir haben ja einen Kulturvorbehalt zugunsten christlicher Religionen, der so vom Bundesverfassungsgericht nie gemeint war.

Damit habe ich vielleicht auch andere Fragen beantwortet, mit Blick auf Herrn Waechter zum Beispiel, und das führt mich zum zweiten Punkt, zum Kulturvorbehalt. Ich fand es sehr interessant, dass der Vorbehalt christlicher Identität, der doch eine gewisse Renaissance in der Literatur erlebt hat, seit Mitte/Ende der 90er Jahre bis heute, eigentlich von niemandem in der Diskussion mit Ausnahme von Herrn Weiß noch vertreten wurde – auch von Diskussionsbeiträgern nicht, die das schriftlich getan haben. Ich nehme das mal als implizite Zustimmung dazu, dass dies anscheinend eine Konzeption ist, die man konsistent schwerlich vertreten kann. Der Vorbehalt christlicher abendländischer Identität

ist offensichtlich in seinen eigenen Begründungsnöten nicht mehr wirklich haltbar.

Dazu noch ein letztes Wort – um doch noch mal etwas konkreter auf die Frage von Herrn Weiß einzugehen. Sie haben auf die "eigenen Werte" verwiesen und gefragt, warum wir nicht im Verfassungsrecht auf diese Werte rekurrieren dürfen. Meine Gegenfrage wäre mit Blick auf den Kulturvorbehalt: Was sind eigentlich die eigenen Werte? Sind es die Werte von Adolf Süsterhenn? Oder sind es die Werte von Carlo Schmid? Ich glaube, schon wenn Sie in den Parlamentarischen Rat hineingucken, werden Sie die Identität des "Eigenen" hier überhaupt nicht mehr in einer Form definieren können, die fallentscheidend zu operationalisieren wäre.

Der Begriff der Verfassungsvoraussetzung wurde mir teilweise entgegengehalten, sozusagen gegen meine Kritik verteidigt, und gesagt: Wir brauchen diesen Begriff noch. Ich greife mal Herr Häberles Beitrag heraus: Sie haben natürlich in der Ihnen eigenen unnachahmlichen Art den Begriff sofort dynamisiert. Sie haben aus dem Begriff etwas Bewegliches gemacht, einen Prozess, ein Verfahren, und ich würde Ihnen da in vielem im Ergebnis zustimmen, würde aber denken, dass wir dann den Begriff auch nicht mehr brauchen. Gerade ein Begriff, der wie "Voraussetzung" die Dichotomie, das Bedingungshafte, in seiner Semantik doch relativ solide verankert sieht, kann dann nicht mehr für ein in Bewegung gesetztes Verfassungsverständnis verwendet werden. Ich würde daher weiterhin dabei bleiben, für eine Abschaffung des Begriffs zu plädieren, zugleich aber, um Herrn Brydes Frage aufzugreifen, mit dem Begriff des Verfassungswandels gleichfalls skeptisch umgehen wollen, weil der Begriff des Verfassungswandels eigentlich nie wirklich geklärt hat, wo das Subjekt und das Objekt des Wandels ist. Was wandelt sich? Was wird gewandelt? Sind es soziale Bedingungen, die Recht wandeln? Ist es Recht, das aufgehoben bleibt in sozialen Bedingungen und seine Kontrafaktizität eigentlich nur gewährleisten kann, wenn es sich auch unter unterschiedlichen sozialen Bedingungen nicht wandelt? Hier scheint mir eine Unschärfe zu liegen, die nicht wirklich behoben werden kann, und die den Begriff strukturell sehr, sehr schwer brauchbar macht. Ich glaube, wir müssen zwischen Text und Anwendung unterscheiden, und so wie die Literaturwissenschaftler ja nicht von einem Hamlet-Wandel reden, sondern nur von unterschiedlichen Auslegungen dieses Textes, sollten wir vielleicht auch etwas genauer fragen, worüber wir eigentlich reden, wenn wir über Verfassungswandel sprechen.

Lassen Sie mich – und meine Zeit ist schon fast um, das ist ja wirklich sehr kurz, muss ich dem Vorstand sagen – noch zu spezifischen Fragen der Religionsfreiheit kommen. Herr Schönberger hatte mich gefragt, was ist das Spezifikum der Religionsfreiheit und der Gefahren, die von

Religion ausgehen? Beides kann man vielleicht in einem behandeln. Und natürlich wäre die erste Antwort: Man kann keine ordentliche Antwort geben, gegen die nicht ein guter Religionssoziologe ein Gegenbeispiel findet. Wir haben also die Vielfalt religiöser Erfahrungen, die es offensichtlich nicht wirklich möglich machen, das zu fixieren. In einem zweiten Schritt würde ich sagen, womit wir es zu tun haben, ist offensichtlich ein gesellschaftliches Phänomen der Vergemeinschaftung mit normativem Anspruch. Und das ist vielleicht etwas, was die Religionsfreiheit z.B. von Kunst oder Eigentum oder anderen Bereichen unterscheidet. Wir haben ein Vergemeinschaftungsphänomen, das nicht immer, aber doch in den für uns relevanten religiösen Erfahrungen normativ auftritt, und damit beginnt dann das Problem, und da scheint mir dann die Analogie zur Politik als der Frage, wie gehen wir eigentlich mit Politik, mit politischer Meinungsbildung usw. um, diejenige zu sein, die uns vielleicht auch juristisch am besten weiter helfen kann. Das erfasst viele Formen von Religion natürlich nicht, aber erfasst vielleicht die Probleme, die wir haben, am besten.

Ist Religion also gefährlich, zum Schluss? Ja, ich denke, natürlich soll Religion gefährlich sein. Die Frage kam noch mal von Herrn Germann auf, und ich denke, wir müssen uns noch mal deutlich machen, dass wir religiöse Geltungsansprüche ernst nehmen müssen, und wenn wir religiöse Geltungsansprüche ernst nehmen müssen, dürfen wir diese nicht vergemeinschaften. Wir müssen uns immer wieder an ihnen stören, sie müssen uns irritieren, sie müssen Konflikte erzeugen, und dann kann es auch sein, dass sie eine positive, sozusagen öffentliche Rolle für ein demokratisches Gemeinwesen stiften; aber es kann auch sein, dass das scheitert, und auch wenn es scheitert, müssen wir die Religionsfreiheit schützen.

Sacksofsky: Sie werden es mir verzeihen, dass ich nicht auf jeden einzelnen Kritikpunkt eingehen kann – es waren doch eine ganze Reihe und mir sind nur 8–9 Minuten gestattet worden: Ich werde daher einige Gesichtspunkte bündeln. Ich bitte all diejenigen, auf deren Frage oder Einwand ich im Schlusswort nicht eingehen kann, mich hinterher noch einmal anzusprechen; im privaten Gespräch bin ich gerne bereit, intensiv weiter zu diskutieren. So richtig viel Zustimmung habe ich nicht bekommen. Daher will ich mich auf die grundlegenden Einwände konzentrieren und damit versuchen, noch ein bisschen für meine Position zu werben. Mehr kann ich nicht tun. Denn in mancher Hinsicht trennen uns fundamental unterschiedliche Positionen, die es uns nicht erlauben werden, zu Übereinstimmung zu kommen. Es gab aber auch ein paar Missverständnisse; diese werde ich versuchen aufzuklären.

Als ersten Punkt möchte ich das Thema Neutralitätsverständnis, Kultur und Recht aufnehmen. Dazu kamen eine ganze Reihe von Fragen: Herr Waechter, Herr Weiß, Herr Isensee, Herr Hillgruber, Herr Waldhoff. Zunächst eine Klarstellung: Ich gehe nicht von einem objektiven Neutralitätsbegriff aus und wundere mich etwas, dass man dies meinen Ausführungen entnommen hat. Ich glaube nicht, dass Recht in einem fixen Sinne objektiv oder neutral sein kann. Deshalb habe ich so viel über Gleichheit und über die verschiedenen Perspektiven der Gleichheit gesprochen. Ein vorgegebenes Neutralitätsverständnis gibt es nicht. Was es aber gibt, ist das Verbot der Privilegierung einer bestimmten Religion. Um dieses abzuleiten, brauche ich kein objektives Neutralitätsverständnis, sondern dies ist Inhalt der Gleichheit. Dies ist auch nicht, Herr Hillgruber, Herr Isensee, ahistorisch. Der Umstand, dass das Christentum über Jahrhunderte Staatsreligion in Deutschland war und noch heute unser Land prägt, beantwortet nicht die Frage, ob wir heute diese Religion rechtlich noch privilegieren dürfen. Diese Frage beantwortet sich allein aus dem Grundgesetz. Dass Herr Isensee mir dabei die Sacksofsky'sche Interpretation der verfassungswidrigen Verfassungsnormen unterstellt, verblüfft mich. Verfassungswidrige Verfassungsnormen habe ich weder behauptet, noch habe ich diese Rechtsfigur jemals unterstützt und würde dies - jedenfalls bei originärem Verfassungsrecht - auch nicht tun. Einige mögen sich erinnern: Die erste Norm, die vor dem Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrige Verfassungsnorm angegriffen wurde, war der Sache nach der Gleichberechtigungssatz nach Art. 3 Abs. 2 GG Das Bundesverfassungsgericht ist diesen Vorstellungen in den fünfziger Jahren glücklicherweise nicht gefolgt.

Inwieweit darf unsere Geschichte und unsere Kultur denn dann eine Rolle spielen? Selbstverständlich prägt die christliche Tradition unsere Kultur und damit auch das Recht. Nur darf diese Prägung nicht durch die Privilegierung einer wie immer definierten christlichen Kultur im Rechtssinne erfolgen, sondern christliche Traditionen gehen nur dann in das Recht ein, wenn sie in demokratischen Verfahren Inhalt von Rechtsnormen geworden sind und die Grundrechte beachten. Viele der Institutionen, der Strukturen unserer Gesellschaft beruhen auf der Geschichte. In der Demokratie werden Gesetze von der Mehrheit gemacht, die dabei ihre Traditionen selbstverständlich mit einfließen lassen kann, so lange sie sich im Rahmen der Verfassung hält. Meine Vorstellung ist also nicht ahistorisch in dem Sinne, dass das Christentum nie in irgendeiner Weise in das Recht einfließen könnte. Ebenso erkenne ich durchaus an, dass viele unserer Grundrechte und grundlegenden Verfassungsprinzipien christliche Ursprünge haben, aber das heißt doch nicht, dass deshalb das Christentum weiter zu privilegieren wäre. Um kurz auf Christian Waldhoff zu antworten: Wenn das in Landesverfassungen anders geregelt ist, dann brauche ich wiederum keinen Rekurs auf die Figur der verfassungswidrigen Verfassungsnormen, sondern verweise relativ schlicht auf Art. 31 GG, wonach die Bundesverfassung entgegenstehendes Landesrecht bricht.

Sodann zu meinem Verständnis von Freiheit und Gleichheit. Insoweit wurde mir ja fast alles vorgeworfen: zuviel Freiheit, zuwenig Freiheit, zuviel Gleichheit, ich glaube, nur zuwenig Gleichheit, dieser Vorwurf kam nicht. Dass Freiheit und Gleichheit untrennbar zusammengehören, ist Ausgangspunkt meines Referates gewesen, die eigentliche Aufgabe ist, zu klären, wie Freiheit und Gleichheit einander im Hinblick auf konkrete Problemstellungen zuzuordnen sind. Für einige Bereiche habe ich das im Referat geklärt, einen ganz wichtigen Bereich musste ich jedoch weglassen: die Konsequenzen für die öffentliche Förderung von Religion. Über diesen Fragenkomplex hätte ich gerne länger nachgedacht und gesprochen, aber mein Thema lautete "Religion als Gefahr?", so dass ich mich auf die Gefahrenabwehrseite konzentrierte und aus Zeitgründen nicht alle wichtigen Fragen im Verhältnis von Staat und Religion behandeln konnte.

Damit leite ich über zu dem konkreten Punkt, der die meiste Kritik hervorgerufen hat. Herr Heinig, Herr de Wall, Herr Walter, Herr Classen, Herr Bock, Herr Wißmann, Sie alle haben den Körperschaftsstatus angesprochen. Da habe ich mich offensichtlich nicht sehr glücklich ausgedrückt, denn das, was ich als Dilemma beschrieben habe, scheint nicht verstanden worden zu sein. Das Dilemma rührt daher, dass ich das Öffentliche im Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts ernst nehme. Dies ist in der Diskussion bezweifelt worden; man dürfe eine Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht als Teil der öffentlichen Gewalt begreifen. Wenn das so wäre, dann wäre mein Dilemma in der Tat behoben. Mir scheint es aber zweifelhaft, ob man das Öffentliche aus dem Körperschaftsstatus heraus definieren und so tun kann, als sei die Körperschaft des Öffentlichen Rechts eine Rechtsform, die sich von einer "Körperschaft des zivilen Rechts" oder einem Verein nicht unterscheidet. Denn das Privilegienbündel, das mit dem Körperschaftsstatus einhergeht, rechtfertigt sich ja gerade aus der Beziehung zum Öffentlichen. Vielleicht besteht die Diskrepanz nur auf der symbolischen Ebene, aber nach meinem Eindruck geht es um mehr als nur Symbolik. Noch ein weiterer Gesichtspunkt spricht gegen den Körperschaftsstatus. Diese Rechtsform ist auch für Religionsgemeinschaften selbst nicht unproblematisch. Sieht man sich das Verfahren der Anerkennung genau an, betrachtet man, welche Fragen der Staat in diesem Verfahren an die Religionsgemeinschaften richtet und wie genau die Religionsgemeinschaften unter die Lupe genommen werden, dann ist das außerordentlich problematisch für die Religionsfreiheit. Die Zeugen Jehovas können davon ein Lied singen; dies wird in der Diskussion nur häufig vergessen, weil die großen Kirchen dieses Anerkennungsverfahren nicht durchlaufen müssen. Die Ausgestaltung dieses Anerkennungsverfahrens hängt am Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts. Damit ist durch die Hintertür genau das eingeführt worden, was in den Verfassungsberatungen zurückgewiesen worden ist: eine Anerkennungsvoraussetzung für Religionsgemeinschaften. Wenn man das Dilemma so konstruiert, wie ich es getan habe, dann ist die Forderung nach Abschaffung des Körperschaftsstatus die logische, rechtspolitische Konsequenz. Wenn man hingegen kein Dilemma sieht, weil man den Körperschaftsstatus seines Bezugs zur Hoheitlichkeit entkleidet, oder mit dem Dilemma weiter leben will, muss man den Status auch nicht abschaffen.

Zuletzt zum Kopftuch und zum Bereich Schule: Herr Detterbeck. Herr Bock, Herr Wißmann, Herr Hufen haben diesen Bereich angesprochen. Herr Hufen, Sie haben argumentiert, das Kopftuch müsse aus Sorge um die muslimischen Mädchen verboten werden. Ich habe schon an vielen Diskussionen um das Kopftuch teilgenommen, doch dieses Argument haben die Befürworter von Kopftuchverboten bisher nicht vorgebracht; insoweit sind Sie der erste - dabei ist es eines der besten Argumente, eines, das mich am ehesten gewinnen könnte. Aber trägt dieses Argument wirklich auch nur eines der Kopftuchsverbotsgesetze? Es weist eine gewisse Parallelität zu der Argumentation auf, bei den Gesetzen zu Verboten religiöser Kleidung gehe es nicht um Kopftücher. Herr Detterbeck, wir haben uns darüber schon in einem anderen Zusammenhang gestritten. Es erinnert mich an das Verfahren vor dem Hessischen Staatsgerichtshof, in dem der Innenminister immer wiederholte, das Gesetz sage doch gar nichts über Kopftücher. Da stehe doch nur Neutralität. Das scheint mir angesichts der politischen Debatten, in denen diese Gesetze gemacht worden sind, nicht adäquat. Diese Gesetze verfolgten den zentralen Zweck, Kopftücher für Lehrerinnen zu verbieten, das sollte man nicht verbrämen. Auf die Beantwortung weiterer Fragen möchte ich nach einem Blick auf Herrn Engel und eingedenk dessen, dass Sie sicher in Ruhe Mittag essen wollen, verzichten. Ich bedanke mich für die Anregungen, die ich durch die Kritik gewonnen habe, und hoffe, dass es auch ein paar unter Ihnen gibt, die mir zustimmen. Vielen Dank!

Engel: Ich glaube, der Applaus macht überdeutlich, dass die Menge an Zustimmung nicht klein ist. Wir bedanken uns für einen ausgesprochen angeregten Vormittag.