

Weltanschauliche Neutralität Meinungsfreiheit Sicherungsverwahrung

Herausgegeben von
JOHANNES MASING
und
OLIVIER JOUANJAN

Mohr Siebeck

Weltanschauliche Neutralität
Meinungsfreiheit
Sicherungsverwahrung



Weltanschauliche Neutralität Meinungsfreiheit Sicherungsverwahrung

herausgegeben von
Johannes Masing
und
Olivier Jouanjan

Mohr Siebeck

Johannes Masing ist Lehrstuhlinhaber für Öffentliches Recht an der Universität Freiburg und Richter des Bundesverfassungsgerichts.

Olivier Jouanjan ist Lehrstuhlinhaber für Öffentliches Recht an der Universität Straßburg und Honorarprofessor an der Universität Freiburg.

ISBN 978-3-16-152571-1 / eISBN 978-3-16-163177-1 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Mit vorliegendem Band möchten wir die Beiträge der 5. Tagung des Deutsch-Französischen Gesprächskreises für Öffentliches Recht der Fachöffentlichkeit zugänglich machen.

Der Deutsch-Französische Gesprächskreis für Öffentliches Recht ist ein Zusammenschluss von Rechtswissenschaftlern aus Frankreich und Deutschland, die ein besonderes Interesse an der Entwicklung des Öffentlichen Rechts im jeweils anderen Land haben und ein besseres Verständnis der verschiedenen Problemsichten auf im Kern oftmals gemeinsame Fragen suchen. Hintergrund des Gesprächskreises ist die Erfahrung, dass trotz der geographischen Nähe, der engen geschichtlichen – auch rechtsgeschichtlichen – Verflechtung und intensiver freundschaftlicher politischer Beziehungen der Zugriff auf rechtliche Probleme oftmals von grundlegend verschiedenen Perspektiven, Lehren und Lösungsansätzen geprägt ist. Nur wenig berührt vom Zusammenwachsen Europas und einer zunehmenden Masse vergemeinschafteter Rechtsmaterien verbleibt der Fachdialog überwiegend in nationalen Diskursen und herrscht zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen nicht selten Kommunikationslosigkeit. Hieran hat sich, auch wenn das gegenseitige Interesse immerhin zuzunehmen scheint, im Wesentlichen nichts geändert. Dem entgegenzuwirken hat sich der Deutsch-Französische Gesprächskreis zum Ziel gesetzt. Er greift auf seinen im Zweijahresturnus stattfindenden Tagungen aktuelle, aber zugleich grundlagenbezogene Themen zum Verwaltungs-, Verfassungs- und Europarecht auf und verhandelt diese auf der Grundlage von thematischen Parallelreferaten oder nach dem dialogischen Modell von Bericht und Kommentar.

Die Beiträge des vorliegenden Bandes waren Gesprächsgrundlage der 5. Tagung des Deutsch-Französischen Gesprächskreises für Öffentliches Recht, die am 19. und 20. November 2010 in Paris stattfand. Sie sind im Wesentlichen auf dem Stand der Literatur und Rechtsprechung der damaligen Tagung. Verhandelt wurden drei Fragestellungen, die ausgewählte Probleme des Grundrechtsschutzes betrafen.

Das erste Thema „Neutralität des Staates und religiöser Radikalismus“ konzentriert sich auf das Verhältnis vom Staat zu den Religionen, insbesondere auf die Konzeption und konkrete Ausgestaltung des Neutralitätsgebots. In einem zweiten Themenkomplex wird das Spannungsverhältnis zwischen „Meinungsfreiheit und politischem Radikalismus“ behandelt. Dabei

wird vor allem gezeigt, zugunsten welcher Rechtsgüter und ab welchem Gefährungsgrad die Schranken der Meinungsfreiheit aktiviert werden und welches Gewicht den begrenzenden Prinzipien der verfassungsrechtlichen Ordnung und der wehrhaften Demokratie in diesem Kontext zukommt. Das dritte Thema will „Die Sicherungsverwahrung“ untersuchen. Es werden sowohl die Regelungskonzeptionen der Sicherungsverwahrung vorgestellt und deren Entwicklung nachgezeichnet, als auch die unterschiedlichen steuernden (verfassungsrechtlichen) Faktoren dargelegt.

Die Beiträge sind Frucht einer Tagung, deren Organisation nur durch die großartige Unterstützung unseres Kollegen David Capitant, Université Paris 1, möglich war. Ihm sei herzlich gedankt. Dank gebührt auch dem Institut Carré de Malberg, das die Tagung finanziell großzügig unterstützt hat. Besonderer Dank gilt weiter Frau Anja Hauth, die die Redaktion dieses Tagungsbandes leitend betreut hat. Sie hat die besondere Herausforderung zum Teil der Übersetzung selbst bzw. im Übrigen der kritischen Überarbeitungen von Übersetzungsentwürfen auf sich genommen und die Übersetzungen koordiniert. Nur wer selbst einmal eine Übersetzung auf sich genommen hat, kann ermessen, was dies für eine Leistung ist. Frau Alexandra Lukasch danken wir für die sorgfältige Erledigung der Schreib- und Formatierungsarbeiten. Zu danken ist schließlich nicht zuletzt Dr. Franz-Peter Gillig und dem Verlag Mohr Siebeck, dass diese Schrift in das Verlagsprogramm aufgenommen wurde.

Freiburg im Oktober 2012
Johannes Masing

Straßburg im Oktober 2012
Olivier Jouanjan

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
--------------	---

1. Teil

Weltanschauliche Neutralität

Martin Morlok

Neutralität des Staates und religiöser Radikalismus.....	3
I. Ein klassisches Thema und seine Aktualität.....	3
1. Religiöse Neutralität als klassisches Konzept der Verfassungstheorie	3
2. Aktuelle Streitfälle in Deutschland.....	4
II. Die Funktion der religiösen Neutralität des Staates.....	6
III. Die verfassungsrechtliche Basis der Neutralität in Deutschland	9
1. Freiheits- und Gleichheitsrechte	9
2. Die institutionelle Dimension des deutschen Religionsrechts	9
3. Grundsätze des deutschen Religionsrechtes	12
IV. Konzeptionen der Neutralität	12
1. Unterschiedliche Lesarten der religiösen Neutralität	13
2. Nur objektiv rechtliche Verpflichtungen oder auch subjektives Recht?	14
3. Die Konzeption der Begründungsneutralität	14
4. Die deutsche Konzeption der „offenen Neutralität“	15
V. Neutralität als dogmatische und verfassungstheoretische Figur	16
VI. Anpassungsbemühungen an die veränderte gesellschaftliche Lage	16
1. Defensive Bemühungen	17
2. Neuspezifizierung des Religionsrechts	18

Thierry Rambaud

Zum Grundsatz der religiösen Neutralität im französischen Staatsrecht	21
I. Das Prinzip der staatlichen Neutralität als Grundlage staatlichen Handelns	28
II. Die Anerkennung einer positiven Neutralität des Staates als Garant für den „nationalen Zusammenhalt“	32

2. Teil

Meinungsfreiheit

Johannes Masing

Meinungsfreiheit und politischer Radikalismus	41
I. Meinungsfreiheit ist Risiko	41
II. Verbot gefährlicher Ideen?	43
III. Meinungsbeschränkungen zum Rechtsgüterschutz nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	45
IV. Bezüge zur Sonderrechtslehre	47
V. Schutz des öffentlichen Friedens durch das Strafrecht	49
VI. Das allgemeine Gesetz und eine historisch begründete Ausnahme vom Allgemeinheitserfordernis	51
VII. Nochmals: Die Weimarer Diskussion in der Verfassungsrechtsprechung	55
VIII. Freiheitskonzept und wehrhafte Demokratie	57

Patrick Wachsmann

Meinungsfreiheit und Schutz der verfassungsrechtlichen Ordnung	61
I. Die „abscheulichen Gesetze“ oder die Unmöglichkeit der Verteidigung der verfassungsrechtlichen Ordnung	66
II. Der Schutz des Ansehens des Staates	69
1. Der Schutz des Präsidenten der Republik und die Unanwendbarkeit des allgemeinen Presserechts	69
2. Der Schutz des Ansehens des Staates durch den Schutz seiner Symbole	73
III. Der Schutz der Integrität des Staatsgebietes und des staatlichen Gewaltmonopols	77
IV. Wie weit reicht die Treuepflicht von öffentlichen Bediensteten?	81

3. Teil

Sicherungsverwahrung

Ivo Appel

Sicherungsverwahrung und Sicherheitsrecht. Zur Sicherungsverwahrung im Schnittfeld von einfachem Recht und Verfassungsrecht	87
I. Sicherungsverwahrung im deutschen Recht	87
1. Grundkonzept der Sicherungsverwahrung	87
2. Regelungen des deutschen Strafgesetzbuchs	89
a) Formelle Anforderungen an die Sicherungsverwahrung	89
b) Materielle Anforderungen an die Sicherungsverwahrung	90
c) Zeitpunkt der Anordnung	92
d) Dauer und Vollzug der Sicherungsverwahrung	93

II.	Verfassungsrechtliche Beurteilung der Sicherungsverwahrung in Deutschland.....	94
1.	Schutz der Menschenwürde.....	94
2.	Schutz der Freiheit der Person.....	97
a)	Originäre Sicherungsverwahrung	98
b)	Vollzug der Sicherungsverwahrung.....	98
c)	Nachträgliche Sicherungsverwahrung	99
3.	Strafrechtliche Verfassungsgarantien	101
III.	Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention	102
IV.	Reaktionen des Gesetzgebers	104
V.	Grundprobleme des rechtlichen Umgangs mit der Sicherungsverwahrung	106
1.	Sicherungsverwahrung als Teil des Sicherheitsrechts.....	106
2.	Abgrenzung von Strafe und Sicherungsverwahrung.....	109
3.	Schwierigkeiten der Abstandswahrung zwischen Sicherungsverwahrung und Strafe	110
4.	Verhältnis von Repression und Prävention	111
5.	Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge.....	113
6.	Verhältnismäßigkeit der Sicherungsverwahrung unter Bedingungen der Prognoseunsicherheit	117
VI.	Fazit	118

Jocelyne Leblois-Happe

	Sicherungsverwahrung und Grundrechte.....	119
I.	Die Sicherungsverwahrung und die Befugnisse des Staates.....	122
1.	Nationale Herangehensweise.....	122
a)	Die Rechtmäßigkeit der Sicherungsverwahrung.....	123
b)	Die zeitliche Anwendbarkeit der Sicherungsverwahrung	131
2.	Übernationale Herangehensweise	133
II.	Die Sicherungsverwahrung und die Menschenrechte.....	135
1.	Die eigentlichen Rechte	135
a)	Das Recht auf Freiheit und Sicherheit	135
b)	Das Recht auf Würde.....	140
2.	Die Garantien	142
a)	Das Recht auf Information	142
b)	Das Recht auf die Einlegung von Rechtsbehelfen	143
c)	Das Recht auf Entschädigung.....	143
III.	Schlussbetrachtung	145
	Autorenverzeichnis.....	147

1. Teil

Weltanschauliche Neutralität

Neutralität des Staates und religiöser Radikalismus

Martin Morlok

I. Ein klassisches Thema und seine Aktualität

1. Religiöse Neutralität als klassisches Konzept der Verfassungstheorie

„Neutralität“ ist ein positiv konnotierter Begriff. Die Schweiz war zwischen Nato und Warschauer Pakt neutral, der Schiedsrichter im Spiel zwischen Paris Saint Germain und Werder Bremen hat neutral zu sein. Eine neutrale Position einzunehmen ist in relativ einfach strukturierten Situationen, zumal in einer dualen Konstellation, einigermaßen einfach. Mit zunehmender Komplexität wird die Neutralität aber zur schwierigen Aufgabe, weil die Enthaltensamkeit einem Beteiligten gegenüber einem anderen gegenüber als vorwerfbare Unterlassung sich darstellen kann. Das gilt auch für Leistungen: Die Leistung an den Einen kann sich dem Anderen als unzulässige Privilegierung darstellen. Kurz: Der Inhalt von Neutralität ist jedenfalls in schwierigen Konstellationen nicht einfach zu bestimmen.

Auf dem Gebiet der Religion ist die Neutralität des Staates ein überkommener Zentralbegriff der Staatstheorie und des Verfassungsrechts. Die Bedeutung dieser religiösen Neutralität ist kaum bestritten. Auch wenn die Neutralität in ihren Konturen unscharf ist, so war sie doch – jedenfalls in Deutschland – lange Jahre kein brisantes Thema. Durch einige religiös fundierte Konflikte gewann die Neutralität aber neue, oft breit in der Öffentlichkeit wahrgenommene Aktualität; die staatliche Neutralität gegenüber den Religionen und überhaupt das Religionsrecht wurden zum Gegenstand öffentlicher Aufmerksamkeit und Diskussion.

Die gegenwärtige religionsrechtliche und religionspolitische Lage ist wesentlich, aber nicht ausschließlich, gekennzeichnet durch Auseinandersetzungen mit Anhängern des Islam. Hintergrund all dieser Konflikte ist die – selbstverständlich gewordene – Religionsfreiheit. Angesichts von staatlichen Regelungen im Bereich der Religion, insbesondere von Notwendigkeiten der Einschränkung der Religionsfreiheit zum Schutz anderer Rechte, insbesondere von Rechten anderer, stellt sich häufig die Frage, ob diese Einschränkungen alle Religionen gleichermaßen treffen, noch schärfer gefragt, ob gegenüber bestimmten Religionen eine erhöhte Notwendig-

keit zur Einschränkung besteht. Ein Subtext dieser Fragestellungen ist also derjenige nach der *Gleichbehandlung* aller Religionen, womit ein wesentlicher Aspekt der staatlichen Neutralität angesprochen ist.

Noch ein Wort zur Themenstellung: Die religiöse Neutralität wird nicht nur thematisch, wenn das Recht sich mit religiösen Radikalismen, man könnte ja auch von Fundamentalismen sprechen, auseinandersetzen hat, sondern auch bei ganz normalen Manifestationen von Religiosität, etwa dem Bau von Moscheen oder dem Ruf des Muezzin.

2. Aktuelle Streitfälle in Deutschland

Zur Veranschaulichung darf ich eine Reihe von Rechtsstreitigkeiten aufzählen, die in Deutschland größere Beachtung gefunden haben und in denen die staatliche Neutralität eine Rolle spielt:

- Am Anfang der jüngeren Diskussion stand die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Kreuz im Klassenzimmer der Schule¹.

- In unseren beiden Ländern hat das Kopftuch eine lebhafte Kontroverse ausgelöst, in Deutschland weitgehend beschränkt auf das Kopftuch von Lehrerinnen in staatlichen Schulen².

- Immer wieder Kontroversen entzündeten sich an der Frage, ob in Gerichtsgebäuden Kreuze angebracht werden dürfen, es geht dabei nicht nur um den Verhandlungssaal, sondern auch um die sonstigen Räume eines Gerichtes³.

- Ein muslimischer Schüler, der in einer Berliner Schule einen Raum zur Durchführung des rituellen islamischen Gebetes beanspruchte, obsiegte in der ersten Instanz und unterlag indes in der zweiten Instanz⁴.

- Christliche Eltern, die ihre Kinder nicht den missbilligten Unterrichtsinhalten in der Schule aussetzen wollten und ihre Kinder deswegen von der Schule fernhielten, wurden darob (freilich sehr milde) strafrechtlich verfolgt⁵. Eine dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde blieb erfolglos⁶. Deutsche Schulverweigerer haben aus diesem Grund politisches Asyl in den Vereinigten Staaten gefunden.

- Vor einigen Jahren wurde das Bundesverfassungsgericht befasst mit der Frage, ob die sogenannten Zeugen Jehovas auch den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts erwerben können, wie es Religions-

¹ BVerfGE 93, 1 ff.

² BVerfGE 108, 282 ff. und Sondervotum 314 ff.

³ Zum Kreuz im Gerichtssaal BVerfGE 35, 366 (373 ff.).

⁴ VG Berlin, NVwZ 2010, 89 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2010, 1310 ff.; s. dazu S. Koriath/J. Augsberg, JZ 2010, 828 (833).

⁵ Verwarnung mit Strafvorbehalt in Höhe von 80 Tagessätzen zu je 10 €.

⁶ BayVBl. 2066, 633 ff.

gesellschaften in Deutschland gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV offensteht⁷.

– Nicht selten führt das Vorhaben, eine Moschee zu bauen, zu Auseinandersetzungen, so etwa in Köln; ein Gegenbeispiel ist der konfliktfreie Bau des islamischen Zentrums Penzberg – übrigens im tiefsten Bayern.

– Auch die Zulässigkeit des Gebetsrufes des Muezzin führt zu Diskussionen.

– Angesichts eines erheblichen Anteiles von muslimischen Schülern stellt sich die Frage nach einem islamischen Religionsunterricht in den staatlichen Schulen. Unter welchen Voraussetzungen ist ein solcher zulässig oder sogar geboten? Immerhin statuiert Art. 7 Abs. 3 GG die Erteilung des Religionsunterrichtes als ordentliches Lehrfach⁸.

– Islamischer Religionsunterricht braucht auch Lehrer, die entsprechend dem staatlichen Standard ausgebildet sind. Damit wurde die Frage nach der Einrichtung von Lehrstühlen für islamische Theologie an staatlichen Fakultäten virulent⁹. Darf der neutrale Staat islamische Theologie an den Universitäten installieren, welche Rolle dürfen oder müssen dabei islamische Organisationen spielen?

– Schließlich werfen auch Auseinandersetzungen *innerhalb* von Religionsgesellschaften Fragen auf, bei denen die staatliche Neutralität eine zentrale Rolle spielt. So gab es in verschiedenen Ländern der Bundesrepublik Auseinandersetzungen innerhalb des Judentums um die interne Verteilung von staatlichen Geldern¹⁰. Unterschiedliche Ausrichtungen – es ging um orthodoxe und liberale Gemeinden – stritten sich um diese staatlichen Zuwendungen. Kann, darf oder muss der Staat entscheiden, wer „richtiger“ Jude ist?

⁷ BVerfGE 102, 372 ff.

⁸ Zum Religionsunterricht *A. v. Campenhausen/H. de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 210 ff. m. w. Nw.; als Beispiel für die Bemühungen um einen islamischen Religionsunterricht s. den Gesetzentwurf zur Einführung von islamischem Religionsunterricht Landtag NRW, Drs. 15/2209.

⁹ Dazu *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften an deutschen Hochschulen, Drucksache 9678-10 vom 29.01.2010, hier S. 7 f.; s. w. *H. M. Heinig*, Was sind rechtliche Vorgaben für eine Imamausbildung?, in: Ucar (Hrsg.), Imamausbildung in Deutschland, 2010, S. 49 ff.

¹⁰ S. BVerfGE 123, 148 ff.; BVerwGE 116, 86 ff.; s. weiter etwa *H. Weber*, LKV 2006, 9 f.

II. Die Funktion der religiösen Neutralität des Staates

Die rechtlichen Begriffe sollen die gesellschaftliche Realität angemessen abbilden. Die Rechtswissenschaft hat nach der Funktion der rechtlichen Instrumente zu fragen. Im Hinblick auf die religiöse Neutralität des Staates ist zunächst als Ausgangsbefund festzustellen:

- Es gibt einen religiösen Pluralismus.¹¹
- Insbesondere gibt es eine gesellschaftliche Ausdifferenzierung von Religion und sonstigen Aktivitäten.¹²

Damit ist das Bezugsproblem umschrieben: In der abendländischen Geschichte haben sich die Herrschaftsstrukturen und die Organisationen der Religion auseinander entwickelt¹³. In der sogenannten gregorianischen Revolution¹⁴ im Ausgang des 11. Jahrhunderts wurde diese Trennung von religiösen und Herrschaftsorganisationen in spektakulärer Form sichtbar. Im Einzelnen traten Religion und sonstige Handlungen in Rollen, Organisationen, Orten, zeitlicher Struktur und Symbolsystemen auseinander. Diese Ausdifferenzierung von Religion und Staat ist nur ein Teil der generellen Entstehung spezialisierter ausdifferenzierter Funktionssysteme mit je eigenen Relevanzkriterien.

Wie verhält sich nun ein neutraler Staat gegenüber diesem Panorama religiöser Ausdifferenzierung?

„Neutralität“ ist die Bezeichnung dafür, dass für das staatliche Recht und die hierdurch bestimmten Rollen die Religion irrelevant ist. Die Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft darf rechtlich keine Rolle spielen, staatliche Entscheidungen sind religionsunabhängig. Zugespielt findet sich dieser Gedanke in der Wendung des durch Neutralität begründeten Identifikationsverbotes für den Staat mit einer Religionsgemeinschaft¹⁵.

Wenn diese Unbeachtlichkeit religiöser Zugehörigkeit auch in anderen sozialen Systemen Platz greift, wenn diese sich nur an eigenen, eben nicht religiösen Maßstäben orientieren, so wird in der Perspektive der Religion

¹¹ H. M. Heinig/M. Morlok, JZ 2003, 777 ff.; Ch. Waldhoff, in: Verhandlungen des Deutschen Juristentages Berlin 2010 (DJT), Bd. 1, D1 bis D176, s. insb. D20 ff.

¹² S. Th. Luckmann, Die unsichtbare Religion, 1991, S. 136, mit der These, dass Religion mittlerweile zu einer Privatsache geworden ist; zur theoretischen Erfassung N. Luhmann, Die Religion der Gesellschaft, 2000, bes. S. 187 ff.

¹³ S. als Überblick M. Morlok/S. Roßner, Stichwort „Kirche und Staat“, in: Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe 2006, Sp. 1144 ff.

¹⁴ H. J. Berman, Recht und Revolution, 2. Aufl. 1991, S. 42.

¹⁵ Begriffsprägend H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 160 ff., 78 ff.; s. weiter St. Magen, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Bd. 2, 2002, Art. 140 Rn. 32; A. v. Campenhausen/P. Unruh, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 140 Rn. 23 f.; zur Entfaltung des Verbots der Identifikation mit einer Religion J. Krüper, JöR 53 (2005), 79 ff.

dies als *Säkularisierung* wahrgenommen¹⁶. Säkularisierung in diesem Sinne ist also ein Komplementärbegriff zur Neutralität: Er beschreibt die Umwelt der Religion in einer in unterschiedliche Funktionsbereiche ausdifferenzierten Gesellschaft, eine Umwelt, die sich selbst nicht mehr an religiösen Kriterien orientiert.

In dieser Betrachtung ist Neutralität also der Ausdruck der Ausdifferenzierung von Religion einerseits, Recht und politischem System andererseits, genauer: „Neutralität“ ist eine Konstruktion zur Bewältigung der Folgen dieser Differenzierung. Sie dient der Ermöglichung der Eigenlogik von Recht und Politik, gleichermaßen aber auch der ungestörten Ausrichtung der Religionen in ihren eigenen Glaubensinhalten und Symbolen; staatliche Neutralität setzt die Religion frei von staatlichen Interventionen. Mit dieser doppelseitigen Gewährleistung ist die Neutralität wesentlich für eine moderne Gesellschaft. Sie hat also eine – aus der Einsicht in die (notwendige) Differenzierung des Sozialen geborene – systematische Distanzierungsfunktion.

In der Form der *Laizität* hat sich eine Folgeerscheinung einer historischen Phase des konflikthaften Auseinandertretens von Staat und Religion erhalten (Für Deutschland ist an den „Kulturkampf“ zu erinnern.). Wenn Laizität oder laicism¹⁷, gar Laizismus eine Verstärkung der Trennung von Religion und Staat bedeuten, so mag darin eine nach Vollendung dieser Trennung überflüssige Forcierung der Frontenstellung gesehen werden.

Die religiöse Neutralität des Staates verlangt nicht nur eine Zurückhaltung auf Seiten des Staates, sondern verlangt auch viel von den Religionen: Diese müssen bereit sein, den staatlich-rechtlichen Bereich frei zu geben, sich überwiegend¹⁸ mit einem religiös-neutralen säkularen Bereich abzufinden¹⁹. Die große Frage an den Islam ist, ob er zu dieser Verzichtleistung ebenso bereit ist wie dies mittlerweile die christlichen Denominationen akzeptiert haben.

¹⁶ P. L. Berger, *Zur Dialektik von Religion und Gesellschaft*, 1973, S. 103, definiert Säkularisierung als einen Prozess, durch den Teile der Gesellschaft und Ausschnitte aus der Kultur aus der Herrschaft religiöser Institutionen und Symbole entlassen werden. Zur Geschichte des Begriffs der Säkularisierung, auch H. Lübke, *Säkularisierung*, 1965; als Überblick über die umfangreiche Literatur H. Zabel/W. Conze/H.-W. Sträte, Stichwort „Säkularisation, Säkularisierung“, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, 1984, S. 789 ff.; s. zuletzt den großen Entwurf von Ch. Taylor, *Ein säkulares Zeitalter*, 2009.

¹⁷ Zum französischen Verständnis von Laizität: H.-G. Franke, *DÖV* 2004, 383 ff.

¹⁸ Für Beispiele anhaltender Kontroversen um „religionsfreie“ Bereiche sei verwiesen auf BVerfGE 93, 1 sowie EGMR, Urt. v. 23.09.2010, Nr. 1620/03 – Schüth/Deutschland; EGMR, Urt. v. 23.09.2010, Nr. 425/03 – Obst/Deutschland. Auch einige Schulgesetze der Länder weisen trotz eines grundsätzlichen Verbotes für religiöse Bekundungen durch Lehrer Ausnahmen für Symbole der „christlich-abendländischen“ Tradition auf, exemplarisch § 38 Abs. 2 BW SchulG.

¹⁹ Vgl. zum Problem S. Koriath/J. Augsburg (Fn. 4), 830 f.

Diese Differenzierung, welche die Neutralität zum Element moderner Staatlichkeit hat werden lassen, erfolgt in unterschiedlicher Ausprägung in Abhängigkeit von den nationalgeschichtlichen Besonderheiten²⁰. Im Kern geht es aber immer darum, dass die Religion kein Kriterium des staatlichen Rechts sein darf, und dass der Staat in Äquidistanz zu allen Religionen handelt.

Die damit verbundene Freigabe der Religion durch den Staat liegt – jedenfalls unter Bedingung religiöser Vielfalt – durchaus im staatlichen Eigeninteresse. Friedrich II. von Preußen hat mit seinem Satz: „In meinem Staate kann jeder nach seiner Façon selig werden“²¹, diese klassisch formuliert – man mag den Satz fortführen: – solange er nur dem staatlichen Recht gehorcht. Der Freigabe der Religion liegt also auch eine machiavelistische Überlegung zugrunde: Den Untertanen oder auch modern den Bürgern religiöse Widerstandsmotive zu nehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Bedeutung der Neutralität auf die Formel gebracht, dass dadurch der Staat „Heimstatt aller Staatsbürger“ sein könne²².

Noch ein Wort zum naheliegenden Begriff der *Toleranz*²³. Unter diesen gesellschaftlichen Gegebenheiten, die durch die Grundrechte der Bürger und die Verpflichtung des Staates zur Neutralität abgesichert wird, ist die Toleranz keine dem Staat auferlegte Verpflichtung. Toleranz ist vielmehr eine Bürgertugend, man mag auch formulieren: Sie ist der Preis, den die Bürger für die eigene religiöse Freiheit zu zahlen haben in Gestalt der Hinnahme der Inanspruchnahme der Religionsfreiheit durch andere Bürger, und zwar anderer Religionen. Diese Tugend hat ihre rechtliche Ausdrucksform darin, dass es keinen rechtlichen Schutz vor der Konfrontation mit Erscheinungsformen (anderer) bürgerlicher Religiosität gibt.

²⁰ A. H. Öztürk, Das Kopftuch, 2006, S. 137 f.; J. Kokott, Der Staat 44 (2005), 343 ff.

²¹ Zur Überlieferungsgeschichte s. G. Buchmann, Geflügelte Worte, 25. Aufl., neu bearbeitet von B. Krüger, 1912, S. 499.

²² BVerfGE 19, 206 (216).

²³ Zu den Aspekten des Begriffs s. T. M. Scanlon, The Difficulty of Tolerance, in: ders. (Hrsg.) The Difficulty of Tolerance, 2003, S. 183 ff.

III. Die verfassungsrechtliche Basis der Neutralität in Deutschland

Verfassungsrechtlich ist die religiös-weltanschaulich-konfessionelle Neutralität des Staates in Deutschland durch verschiedene Bestimmungen abgesichert, freilich nirgends ausdrücklich. Diese Garantien lassen sich einteilen in Freiheits- und Gleichheitsrechte einerseits, institutionelle Bestimmungen andererseits.

1. Freiheits- und Gleichheitsrechte

Die staatliche Neutralität beruht zum einen auf den klassischen grundrechtlichen Gewährleistungen religiöser Freiheit und Gleichheit. Die Religionsfreiheit in Art. 4 GG, die Individuen wie Organisationen zugutekommt, ist ein Pfeiler der staatlichen Neutralität. Sie stellt die Religion und religiös motivierte Handlungen grundsätzlich von staatlicher Intervention frei. Dies wird ergänzt durch sich wiederholt im Grundgesetz findende Verpflichtungen des Staates zur Gleichbehandlung aller Religionen und der Bürger der verschiedenen Religionen. Ich spreche also vom allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Religion nach Art. 3 Abs. 3 GG, vom speziellen Diskriminierungsverbot in Ansehung staatsbürgerlicher Rechte und des Zugangs zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 Abs. 3 GG und von der aus der Weimarer Reichsverfassung durch Art. 140 GG inkorporierten Vorschrift des Art. 136 Abs. 1 und 2 WRV. Diese Irrelevanz der Religion wird unterstützt durch die „Lohengrin-Klausel“ des Art. 140 GG i.V.m. 136 Abs. 3 WRV, wonach niemand seine religiöse Überzeugung offenbaren muss („Nie sollst Du mich befragen“ – „Jamais tu ne devras me demander“)²⁴. In ihrem Zusammenspiel begründen diese Normen die klassische *gleiche Freiheit* der Bürger aller religiösen Überzeugungen. Bei Beachtung dieser grundrechtlichen Verpflichtungen durch den Staat bedeutet dies dessen religiöse Neutralität: Er muss die freie Praktizierung der Religion hinnehmen und darf aus Gründen der Religion keinen Unterschied machen.

2. Die institutionelle Dimension des deutschen Religionsrechts

Neben diesen Grundrechten enthält das Grundgesetz in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 ff. WRV auch weitere Bestimmungen über das Verhältnis von Staat und Religion, die aus der Weimarer Verfassung übernommen wurden. Hier ist zunächst Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV zu nen-

²⁴ M. Morlok, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 136 WRV Rn. 20.

nen: „Es besteht keine Staatskirche“, auch dies ist sicher eine wesentliche Vorschrift zur Begründung staatlicher Neutralität. Die sogenannte institutionelle Dimension des deutschen Staatskirchenrechtes enthält weiter die Gewährleistung der Selbstverwaltung der Religionsgesellschaften, also ihrer Freiheit (Art. 140 GG i.V.m. 137 Abs. 3 WRV). Diese Bestimmung ebenso wie die Gewährleistung des Eigentums der Religionsgesellschaften (Art. 140 GG i.V.m. 138 Abs. 2 WRV) lassen sich wiederum den grundrechtlichen Freiheiten zuordnen. Bestimmungen über die religiöse Vereinigungsfreiheit und die Möglichkeit, die Rechtsfähigkeit zu erwerben, zählen auch noch hierzu.

Die Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes an Religionsgesellschaften durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV stellt demgegenüber eine Vorschrift eigenen Charakters dar. Zwar kann man die Verleihung des Körperschaftsstatus auch in grundrechtlicher Perspektive deuten²⁵. Auch wenn es für diese grundrechtliche Betrachtungsweise gute Gründe gibt, so mag die öffentlich-rechtliche Organisationsform für Religionsgesellschaften doch überraschen. Unter dem Gesichtspunkt der Neutralität des Staates ist entscheidend, dass nicht nur die alten Religionsgesellschaften diese Rechtsform haben, sondern weitere Religionsgesellschaften diese erlangen können (Art. 140 GG i.V.m. 137 Abs. 5 S. 2 WRV) – erst durch diese Gewährleistung der Gleichbehandlung ist diese Rechtsform neutralitätskompatibel.

Die Religionsgesellschaften mit dem Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft genießen bestimmte Hoheitsrechte, sie können Beamte ernennen und die sogenannte Kirchensteuer²⁶ erheben, und zwar durch die staatlichen Finanzämter²⁷. An internationalen Maßstäben gemessen, stellt dies eine Durchbrechung der Neutralität dar, diese ist aber bei genauer Betrachtung insoweit nicht so schwerwiegend, als diese Hoheitsrechte nur gegenüber Mitgliedern dieser Religionsgesellschaften bestehen und nicht gegenüber Externen.

²⁵ S. insbesondere *St. Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004; *M. Morlok/M. Heinig*, Parität im Leistungsstaat – Körperschaftsstatus nur bei Staatsloyalität? NVwZ 1999, 697 (700 f.); BVerfGE 102, 370 (bes. 387): „Die Gewährleistung der Weimarer Kirchenartikel sind funktional auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt“. Dies gelte auch für den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts.

²⁶ Auch in der Wortwahl ist auf Neutralität zu achten, deshalb besser: „Steuer“ statt „Kirchensteuer“ – weil dieses Instrument auch Religionsgesellschaften nichtkirchlichen Charakters offensteht.

²⁷ *S. Koriath*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 7, Stand 2011, Art. 137 WRV Rn. 84 ff., 94 ff.; *M. Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 137 WRV Rn. 90 ff., 106 ff.