

Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungs- recht?

Herausgegeben von
HANS MICHAEL HEINIG
und CHRISTIAN WALTER

Mohr Siebeck

Staatskirchenrecht oder
Religionsverfassungsrecht?



Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?

Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit

herausgegeben von
Hans Michael Heinig und
Christian Walter

Mohr Siebeck

Hans Michael Heinig ist wiss. Assistent an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg.

Christian Walter ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, einschließlich Völker- und Europarecht an der Universität in Münster.

ISBN 978-3-16-149136-8 / eISBN 978-3-16-167803-5 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

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

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

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 von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Im November 2005 luden die Herausgeber zu einem Expertengespräch zur Streitfrage „Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht – ein begriffspolitischer Grundsatzstreit“ nach Jena ein. Uns leitete dabei die Überzeugung, daß zur guten wissenschaftlichen Praxis gehört, nicht nur übereinander zu reden und zu schreiben, sondern sich auch miteinander in Rede und Gegenrede zu streiten.

In den letzten drei Jahren rückten zwei Schlüsselfragen in der herkömmlich „Staatskirchenrecht“ genannten Disziplin in das Zentrum des Interesses: Wie wirkt sich die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung aus und wie geht das Recht angemessen mit der forcierten religiösen Pluralität um, wobei insbesondere der – natürlich immer im Plural zu denkende – Islam im Vordergrund steht? Beide Aspekte kulminieren in einer dritten Schlüsselfrage: die nach der angemessenen Bezeichnung des Rechtsgebietes – Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht. Hinter ihr steckt mehr als ein Streit um Begriffe, vielmehr ist sie eine Chiffre für die Wissenschaft wie Rechtsprechung gleichermaßen umtreibende Suche nach einem angemessenen hermeneutischen (Vor)Verständnis: veranlassen die Prozesse der Internationalisierung und Pluralisierung, das traditionell stark vom institutionellen Rechtsdenken her geprägte Staatskirchenrecht in stärkerem Maße von den Grundrechten her zu deuten? Der vorliegende Band dokumentiert das Streitgespräch zwischen Gegnern und Befürwortern einer solchen Neujustierung.

Die Herausgeber danken der Juristischen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena für ihre Gastfreundschaft, der DFG für die finanzielle Förderung der Tagung, den Autoren des Bandes für die gute Zusammenarbeit, Imke Seifert und Anja Fritzsche für Hilfen bei der Erstellung des druckfertigen Manuskripts sowie Dr. Franz-Peter Gillig für die verlegerische Betreuung.

Berlin/Münster, Dezember 2006
Hans Michael Heinig & Christian Walter

Inhaltsverzeichnis

<i>Christian Walter</i> Einleitung	1
---	---

RELIGIONSFREIHEIT UND INSTITUTIONELLES STAATSKIRCHENRECHT IN HISTORISCHER PERSPEKTIVE

<i>Ansgar Hense</i> Zwischen Kollektivität und Individualität.....	7
---	---

<i>Stefan Koriath</i> Die Entwicklung des Staatskirchenrechts in Deutschland seit der Reformation	39
---	----

THEOLOGISCHE UND RELIGIONSSOZIOLOGISCHE PERSPEKTIVEN

<i>Petra Bahr</i> Vom Sinn öffentlicher Religion	73
---	----

<i>Matthias Koenig</i> Pfadabhängigkeit und institutioneller Wandel im deutschen Religionsrecht .	91
--	----

VERFASSUNGSTHEORETISCHE PERSPEKTIVEN

<i>Stefan Huster</i> Die Bedeutung des Neutralitätsgebotes für die verfassungstheoretische und verfassungsrechtliche Einordnung des Religionsrechts	107
---	-----

<i>Bernd Grzeszick</i> Verfassungstheoretische Grundlagen des Verhältnisses von Staat und Religion	131
--	-----

ZUM VERHÄLTNIS VON RELIGIONSFREIHEIT UND KIRCHLICHER SELBSTBESTIMMUNG NACH ART. 137 ABS. 3 WRV

Peter M. Huber

Die korporative Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV einschließlich ihrer Schranken 155

Martin Morlok

Die korporative Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 WRV einschließlich ihrer Schranken 185

DER KÖRPERSCHAFTSSTATUS NACH ART. 137 ABS. 5 WRV IN GRUNDRECHTLICHER UND INSTITUTIONELLER PERSPEKTIVE

Christian Hillgruber

Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus nach Art. 137 Abs. 5 WRV . 213

Hermann Weber

Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften nach Art. 137 Abs. 5 WRV 229

EINWIRKUNGEN DES VÖLKER- UND EUROPARECHTS

Christian Waldhoff

Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht. Einwirkungen des Völker- und Europarechts 251

Thilo Marauhn

Die Unterscheidung zwischen Staatskirchen- und Religionsverfassungsrecht aus der Perspektive des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes .. 283

DER ISLAM IM STAATSKIRCHEN- UND RELIGIONSVERFASSUNGSRECHT

Arnd Uhle

Die Integration des Islam in das Staatskirchenrecht der Gegenwart 299

Werner Heun

Integration des Islam 339

AUSBLICK

Hans Michael Heinig

Kritik und Selbstkritik. Fünf Beobachtungen als Resümee..... 357

Autorenverzeichnis..... 363

Stichwort- und Personenregister..... 365

Einleitung

CHRISTIAN WALTER

Begriffe transportieren Inhalte – ausgesprochene und unausgesprochene, beabsichtigte und unbeabsichtigte, bedeutungsvolle und weniger bedeutungsvolle. Begriffe geben damit Unterscheidungsmerkmale an die Hand und strukturieren die Wahrnehmung von Lebenssachverhalten. Das bedeutet notwendig, daß Begriffe wichtig sind, denn sie legen immer auch Inhalte fest. Deshalb gilt: Wer Begriffe prägt, prägt Inhalte. Aus diesem Grund lohnt es sich gelegentlich, über Begriffe zu streiten – nicht als bloße Begriffsreiterei, sondern wegen der dahinter stehenden Inhalte. Eine solche begriffspolitische Auseinandersetzung steht im Zentrum des vorliegenden Bandes, wenn dort über die Angemessenheit der Begriffe „Staatskirchenrecht“ und „Religionsverfassungsrecht“ nachgedacht wird.

Der Begriff „Staatskirchenrecht“ beschreibt traditionellerweise ein eigenes Rechtsgebiet innerhalb des öffentlichen Rechts, dessen Gegenstand die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Kirche sind. Es hat eine lange Geschichte, die bis in das 16. Jahrhundert zurück reicht, und es ist auch in seinem heutigen verfassungsrechtlichen Normenbestand stark historisch geprägt. Zahlreiche Normen des Grundgesetzes, die heute das Verhältnis von Staat und Religionsgesellschaften prägen, wurden über Art. 140 GG aus der Weimarer Reichsverfassung des Jahres 1919 übernommen und gelten unverändert fort.

Freilich haben sich in den letzten Jahrzehnten die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, in die hinein das Recht seine Steuerungsleistungen entfalten soll, gravierend verändert. Die Schlagworte hierzu lauten: Individualisierung, Säkularisierung, Pluralisierung, zuletzt aber auch „Comeback“ der Religionen und die Gefahren eines religiösen Fundamentalismus. Geänderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen haben in der Regel Folgen für die Norminterpretation und Normanwendung – auch im Staatskirchenrecht. Gegenwärtig sind sowohl die theoretischen Prämissen einer interpretativen Neuorientierung im Staatskirchenrecht als auch die konkre-

te Lösung einzelner Rechtsfragen Gegenstand einer intensiven wissenschaftlichen Debatte. Im Zentrum stehen dabei vor allem drei Fragenkreise: Wird Religion durch das Grundgesetz freiheitsrechtlich im letzten vom Individuum her und damit grundrechtlich in den Blick genommen oder stehen gleichbedeutend daneben besondere institutionelle Arrangements mit eigener Sachlogik? Welchen Raum läßt die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates unter Bedingungen religiöser Pluralität für Differenzierungen zwischen Religionen? Verlangt sie Parität in Form religiöser Nichtdiskriminierung sowie umfassende und effektive Gleichbehandlung? Genügt der rechtliche Status quo diesen Anforderungen? Stellt das Christentum eine besondere verfassungskulturelle Voraussetzung für den säkularen, freiheitlichen Verfassungsstaat dar? Bezieht das Staatskirchenrecht hieraus eine besondere Legitimität? Wenn dem so ist: In welchem Maße vermögen nichtchristliche Religionen sozialproduktive Kräfte in einer modernen Gesellschaft zu entfalten?

Hinter den Antworten auf diese Fragen stehen unterschiedliche verfassungstheoretische Konzeptionen für das Verhältnis von Staat und Religionsgemeinschaften und diese wiederum bedingen unterschiedliche Interpretationen des Rechts, das die Stellung von Kirchen und anderen religiösen Gruppierungen in der Gesellschaft regelt. Besondere Bedeutung kommt dabei dem öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften nach Art. 137 Abs. 5 WRV zu. Rückt er sie in die Nähe des Staates und stellt deshalb auch besondere Voraussetzungen an ihre innere Struktur und ihre Aktivitäten oder handelt es sich um eine Organisationsform, die sich vor dem Hintergrund zivilgesellschaftlicher Erklärungsmuster besser verstehen läßt? Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahr 2001 in einer Grundsatzentscheidung zum Körperschaftsstatus den öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus im Lichte des Grundrechts der Religionsfreiheit interpretiert und damit die wissenschaftliche Diskussion um die Bedeutung dieser Rechtsform neu belebt. Diese grundrechtliche Perspektive auf das Verhältnis von Staat und Religion wird von Teilen der Literatur – in Fortführung einer Begriffsprägung aus den 1970er Jahren – mit dem Stichwort „Religionsverfassungsrecht“ umschrieben und begrüßt. Die Entscheidung ist aber durchaus auch auf Kritik gestoßen, die im Wesentlichen ein Festhalten an der institutionellen Struktur des Staatskirchenrechts einfordert und die mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter verbundene „Staatsnähe“ in den Vordergrund der Interpretation rückt.

Die beiden Begriffe „Religionsverfassungsrecht“ und „Staatskirchenrecht“ stehen demnach – so jedenfalls die Annahme bei der Konzeption dieses Bandes – für unterschiedliche Modelle der Zuordnung von Staat und Religion und für unterschiedliche Ausrichtungen des Faches. „Staatskirchenrecht ist Recht von Institutionen“, sagt Josef Isensee und beschreibt

damit die traditionelle Perspektive des deutschen Staatskirchenrechts. Bei Hans Michael Heinig kann man dagegen den Satz lesen: „Religionsrecht unter dem Grundgesetz ist wesentlich grundrechtsgeprägt“. In der Gegenüberstellung bringen die beiden Sätze die inhaltliche Kontroverse auf den Punkt, die hinter dem Streit um die Begriffe steht: Verstehen wir das Rechtsgebiet primär institutionell geprägt als eines des Verhältnisses von Staat und Kirche (das *auch* die Beziehungen zu anderen Religionsgemeinschaften regelt) oder geht es uns um die Entfaltung der Religionsfreiheit in ihrer korporativen Dimension (*auch* für die Kirchen)? „Religionsverfassungsrecht“ plädiert für eine zivilgesellschaftliche, grundrechtlich angeleitete Bestimmung des Verhältnisses des Staates zu den Religionsgemeinschaften, „Staatskirchenrecht“ hält dagegen an der historisch gewachsenen institutionellen Konzeption fest.

Auch wenn die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Körperschaftsstatus nun schon einige Jahre zurückliegt, bleibt die Fragestellung unverändert aktuell. Während jahrelang fast ausschließlich vom „Staatskirchenrecht“ die Rede war, wächst in der neueren Literatur die Neigung, den Begriff „Religionsverfassungsrecht“ zu verwenden. Damit meint man auf die veränderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, aber auch auf begriffsimmanente Defizite reagieren zu können. Da hinter den Begriffen unterschiedliche inhaltliche Konzepte stehen, ist die Begriffswahl nicht irrelevant. Vom Verständnis des Körperschaftsstatus etwa hängen Folgefragen von zentraler gesellschaftlicher Bedeutung ab: Können sich islamische Vereinigungen in Deutschland in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts organisieren? Wie steht es mit dem Rechtsschutz gegenüber organisationsinternen Maßnahmen? läßt sich hier der den Kirchen unter Hinweis auf ihr in Art. 137 Abs. 3 WRV garantiertes Selbstverwaltungsrecht gewährte großzügige Freiraum vor staatlicher Kontrolle (insbes. im Bereich des Arbeitsrechts) aufrechterhalten? Halten die christlichen Kirchen den Körperschaftsstatus weiter für eine angemessene und notwendige Organisationsform? Welcher Interpretationsansatz ist besser geeignet, internationale Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus ihrer Mitgliedschaft in der Europäischen Union und in der Europäischen Menschenrechtskonvention zu berücksichtigen? Im Kern geht es also darum, die für einen angemessenen Umgang mit dem Thema „Religion“ in einer pluri- oder gar multireligiösen Gesellschaft erforderlichen rechtlichen Formen zu bestimmen.

In der bisherigen wissenschaftlichen Diskussion hat es kein Forum gegeben, auf dem die eingangs beschriebenen unterschiedlichen Perspektiven und Begriffspräferenzen, die in einer Reihe von Beiträgen in Fachzeitschriften und einigen Monographien zum Ausdruck gekommen sind, einander gegenüber gestellt und diskutiert worden wären. Es bestand deshalb

dringender Bedarf, eine kritische Bestandsaufnahme der bisherigen Debatte vorzunehmen und vor deren Hintergrund anschließend die Frage nach Konsequenzen für die zukünftige Ausrichtung des Faches zu stellen. Diesem Anliegen dient der vorliegende Band.

Trotz des Bewußtseins, daß es – gerade auch unter den beteiligten Autoren – durchaus Skeptiker gegenüber der Relevanz der unterschiedlichen Begrifflichkeit und der Fruchtbarkeit eines Streites über dieselben gibt, waren die Herausgeber der Meinung, daß es der Klärung dient, wenn die unterschiedlichen Konzeptionen zunächst einmal durchaus pointiert einander gegenübergestellt werden. Abgeschliffen werden die Kanten ohnehin noch werden. Das können die Skeptiker ja dann übernehmen.

Um die unterschiedlichen Perspektiven möglichst gut sichtbar zu machen, wurden jeweils bezogen auf bestimmte staatskirchenrechtliche/religionsverfassungsrechtliche Fragen zwei Autoren gebeten, ihre Sicht darzustellen. Die Überlegung war, daß durch eine solche „dialogische“ (das Wort erscheint treffender als die Rede vom „Streit“) Behandlung Gemeinsamkeiten und Unterschiede in den beiden Perspektiven deutlich werden müßten und wir so einer Klärung näher kommen müßten, welches das für die gegenwärtigen Herausforderungen angemessene Verständnis des Verhältnisses von öffentlicher Gewalt und Religion darstellt. Aus Sachgründen mußten bei den ersten beiden thematischen Blöcken Ausnahmen gemacht werden: Für den historischen Einstieg in das Thema gilt, daß man kann schlecht gegenwärtige Kontroversen in die Geschichte hineintragen kann. Aber man kann entsprechende Anfragen formulieren. Deshalb ist hier die Struktur so, daß der eine Beitrag eher die Entwicklung des Grundrechts der Religionsfreiheit darstellt und der andere stärker auf die Entwicklung der institutionellen Beziehungen ausgerichtet ist. Die zweite Ausnahme betrifft die Einbeziehung von Theologie und Soziologie. Es erschien für eine möglichst breite Einbeziehung des gesellschaftlichen Rahmens der Diskussion unerläßlich, diese beiden Disziplinen in den Band zu integrieren. Nun lassen sich aber gegenwärtige juristische Kontroversen ebenso wenig wie in die Geschichte in andere Disziplinen tragen. Alle anderen Beiträge folgen aber dem skizzierten „dialogischen“ Aufbaumodell. Am Ende steht ein kleines Resümee, das die wesentlichen Eindrücke der Diskussion zwischen den Autoren auf der Tagung zusammenfaßt und Konsequenzen für die weitere Diskussion andeutet.

**RELIGIONSFREIHEIT UND INSTITUTIONELLES
STAATSKIRCHENRECHT IN HISTORISCHER PERSPEKTIVE**

Zwischen Kollektivität und Individualität

Einige geschichtliche Aspekte der Religionsfreiheit

ANSGAR HENSE

I. Einleitendes

In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur „Aktion Rumpelkammer“ der Katholischen Landjugendbewegung führt das Gericht aus, daß der Begriff Religionsausübung „gegenüber seinem historischen Inhalt extensiv ausgelegt werden“ müsse und die gesonderte Normierung in Art. 4 Abs. 2 GG sich lediglich „historisch aus der Vorstellung eines besonderen exercitium religionis, insbesondere aber aus der Abwehrhaltung gegenüber den Störungen der Religionsausübung unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft“ erkläre.¹ Die Rechtsprechung und mit ihr die überwiegende, zunehmend aber auch kritisierte² Auffassung in der Literatur faßte die einzelnen Schutzgüter des Art. 4 GG Glauben, Bekenntnis und Religionsausübung zu einem einheitlichen Grundrecht zusammen, entdifferenzierte – im Gegensatz zu den Schutzgütern Gewissensfreiheit und Kriegsdienstverweigerung – somit die Grundrechtsdimensionen des Art. 4 GG, soweit sie sich auf Religion und Weltanschauung bezogen und interpretierte den Schutzbereich dieses einheitlichen Grundrechts Religionsfreiheit denkbar weit.³ Früh hat das Bundesverfassungsgericht damit die

¹ BVerfGE 24, 236 (245, 246). Das Urteil ist maßgeblich beeinflusst durch ein Gutachten von U. Scheuner, Zum Schutz der karitativen Tätigkeit nach Art. 4 GG: Rechtsgutachten (1967), in: ders., Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 55-64.

² S. Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 125 ff.; ders., in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Stand 17. Lfg. 2006, Art. 4 Rdn. 3 ff.; F. Schoch, Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft, in: FS Hollerbach, 2001, S. 149 (155 ff.).

³ Fast in Richtung einer – allein dem religiösen Interpretationsgeschick des individuellen oder kollektiven Grundrechtsträgers überlassenen – allgemeinen religiösen Handlungsfreiheit, dazu O. Lepsius, Religion und Verfassung im Vergleich: Deutschland,

Grenze zwischen grundrechtlicher und institutioneller Dimension der staatskirchenrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes geplant, weil zwischen der Religionsfreiheit als Individual- und als Verbandsgrundrecht kein Unterschied mehr gemacht werden konnte und vielleicht auch sollte. Individuelles und Institutionelles wurde aufgehoben: Art. 4 Abs. 1 und 2 GG wurde zum normativen Ankerpunkt, dem etwa Art. 140 GG/137 Abs. 3 WRV nichts Wesentliches hinzufügen konnte als eine deklaratorische Verdeutlichung.⁴ Rechtsprechung und Literatur brachen hierbei mit einer langandauernden Kontinuitätslinie und setzten den Anfangspunkt für eine neue, bundesrepublikanische Tradition.⁵ Diese Tradition ist aber vielleicht nur die Tradition der alten Bundesrepublik („Bonner Republik“) und nicht das Konzept der Bundesrepublik nach der Wiederherstellung der deutschen Einheit mit ihrer neuen religionssoziologischen Lage.⁶ Die „Berliner Republik“ ist vielfachen Herausforderungen in religiösen Angelegenheiten ausgesetzt, bei der die Integration des Islams einerseits als größte Anfechtung des Bestehenden und andererseits als größte Bewährungsaufgabe des grundgesetzlichen, individuelle und institutionelle Aspekte austarierenden Regelungsmodells gelten kann. Beide Herausforderungen werden in besonderer Weise mit dem Grundrecht der Religionsfreiheit verbunden.⁷ Unsicherheiten der aktuellen Lage gerade auch der sehr extensiven Interpretation des Schutzbereiches von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG spiegeln sich zudem in einer allgemeinen, keineswegs nur auf das Grundrecht der Religionsfreiheit bezogene grundrechtsdogmatische Diskussion um einen neueren Ansatz in der Rechtsprechung. Dieser Ansatz sucht grundrechtliche Schutzbereiche stärker zu konturieren, um z.B. Unwägbarkeiten des

Frankreich, USA, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Nun sag, wie hast Du's mit der Religion? Der Staat, das Recht und die Religionen, 2006, S. 19 (20 f.); zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe nur *M. Heckel*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 379 ff. Im österreichischen Rechtskreis wird von der Religionsfreiheit als „aggregierter Grundrechtsnorm“ gesprochen, um die Zusammenfassung der einzelnen Gewährleistungsdimensionen unter einem Grundrechtsbegriff zu umschreiben. Vgl. *H. Kalb/R. Potz/B. Schinkele*, Religionsrecht, 2003, S. 43-45.

⁴ So dezidiert – vor dem Hintergrund der Schutzbereichsidentität von Religionsfreiheit und kirchlichem (religionsgemeinschaftlichen) Selbstbestimmungsrecht – *J. Listl*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 378.

⁵ In diesem Sinne etwa *H. M. Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 126.

⁶ Ohne die aktuellen religionssoziologischen Verhältnisse in all ihren Facetten – Entkirchlichung/Deinstitutionalisierung, Individualisierung, mehr Dechristianisierung als Säkularisierung des öffentlichen Raums etc. – hier thematisieren zu können.

⁷ Grundlegende Überlegungen dazu bei *H. Bielefeldt*, Muslime im säkularen Rechtsstaat: Integrationschancen durch Religionsfreiheit, 2003.

Abwägungsprozesses zu kanalisieren.⁸ Bemerkenswert ist der Umstand, daß zur geforderten stärkeren Schutzbereichskonturierung – oder sogar zu deren Verdichtung – unter anderem Wortlaut und Entstehungsgeschichte wiederentdeckt werden.⁹ Seit jeher war anerkannt, daß nicht nur die Grundlinien des Staatskirchenrechts bzw. des Religionsverfassungsrechts ohne die historischen Zusammenhänge nicht verständlich ist. Nicht zuletzt aus diesem Grunde verzichten Lehrbücher¹⁰, Kommentare¹¹, Handbücher¹² oder auch neuere umfassende Untersuchungen¹³ in je unterschiedlichem Umfang und Schwerpunkt- oder Zielsetzung nicht auf historische Einleitungen, die vom Altmeister des Kirchenrechts Ulrich Stutz nicht ohne Skepsis betrachtet wurden.¹⁴ Gleichwohl hat die Lumpensammler-Entscheidung gezeigt, daß das Bundesverfassungsgericht Art. 4 Abs. 1 und 2 GG auf Kosten seiner historischen Dimension interpretiert und insofern eine Umschreibung des Gewährleistungsgehalts vornimmt. Welchen Sinn macht es dann aber noch, sich mit der Entwicklungsgeschichte des Grundrechts der Religionsfreiheit zu beschäftigen?

⁸ Instruktiver Überblick bei C. Möllers, Wandel der Grundrechtsjudikatur, NJW 2005, 1973 ff. Grundlegend die unterschiedlichen Positionen in der Diskussion widerspiegelnd die Kontroverse zwischen Kahl und Hoffmann-Riem: W. Kahl, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 43 (2004), 167 ff.; W. Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, ebenda, 203 ff.

⁹ Möllers (o.Fußn. 8), 1978; M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 328 ff., insbes. 349 ff. m.w.N.; ders., Und er bewegt sich doch! Der Wille des Verfassungsgesetzgebers in der verfassungsgerichtlichen Auslegung des Grundgesetzes, in: FS Schmitt-Glaeser, 2003, S. 267 ff.. Zur Bedeutung im Verfassungsrecht siehe auch H.-P. Schneider, Der Wille des Verfassungsgebers, in: FS Stern, 1997, S. 903 ff.

¹⁰ A. Frhr. von Campenhausen/H. de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 1-38; B. Jeand'Heur/S. Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rdnr. 5-58; C. D. Classen, Religionsrecht, 2006, Rdnr. 4-31.

¹¹ Muckel (o.Fußn. 2), Art. 4 Rdn. 1; M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 4 Rdnr. 1-12; C. Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 4 Rdnr. 1-6.

¹² A. v. Campenhausen, Religionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI (1989), § 136 Rdn. 6 ff. (S. 372 ff.).

¹³ Hier sind insbesondere folgende Habilitationsschriften zu nennen: C. Walter, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006, S. 22-126; M. Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 8-63.

¹⁴ Kritisch gewürdigt bei U. Stutz, Die kirchliche Rechtsgeschichte, 1905, S. 16 f.

II. Vorüberlegung: „entwicklungsgeschichtlich belehrte Gegenwartsdogmatik“ (E. Picker) als „Altersprämie“ und Versteinerungsfaktor?

Es ist weit verbreiteter Konsens, daß gerade das Staatskirchenrecht¹⁵ eine Rechtsmaterie sei, das in einer sehr starken historischen Kontinuitätslinie stehe. Gegen unhistorische Denkweisen, die der Aktualität Vorrang vor dem Herkommen einräumen, sei es zumindest Aufgabe der Wissenschaft „allzu einschichtigen Betrachtungsweisen die Mehrdimensionalität des Staatskirchenrechts“ nicht in Vergessenheit geraten zu lassen: „Kaum in einem anderen Rechtsgebiet bildet die Gegenwart so sehr die Quersumme ihrer Vergangenheiten als gerade hier – und darum bezahlen abstrakt-idealtypische Lösungen für den Vorteil der systematischer Stimmigkeit und Modelltreue oft genug mit dem Verzicht auf ausgewogene Sachgerechtigkeit.“¹⁶ Kommt einer geschichtlichen Retrospektive der Religionsfreiheit nur bloß beschreibende Erinnerungsfunktion zu oder dient sie auch dem Verständnishintergrund, weil sie das Gedächtnis an das geschichtliche Herkommen und die damit verbundenen Ordnungsvorstellungen und -leistungen wach halten möchte?¹⁷ In jedem Fall haftet einer rechtsgeschichtlichen Betrachtung etwas Umfassendes an, da alles seine je eigene Geschichte hat. Die unterschiedliche Herangehensweise von Historikern und Juristen wird zu einem Problem, wenn Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte in Beziehung zu einander gesetzt werden. Ist dem Juristen eher eine abstrakte Herangehensweise zu eigen, wird die Vorgehensweise von Historikern angesichts der unendlichen Mannigfaltigkeit der Wirklichkeit so beschrieben, daß er in der eigentümlichen Lage sei, „eine Feststellung, die er im Hauptsatz macht, zugleich in zwei Nebensätzen wieder einschränken und abschwächen zu müssen, will er genau sagen, ‚wie es eigentlich gewesen‘ ist. Diese Methode birgt freilich die Gefahr in sich, daß überhaupt keine eindeutigen und klar antwortbaren Aussagen über ge-

¹⁵ Die Verwendung der Terminologie Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht wird im Folgenden nicht mit der Entgegensetzung grundrechtlicher bzw. institutioneller Bezogenheit unterlegt, sondern erfolgt ganz pragmatisch und letztlich synonym. Zur historischen Kontingenz der Bezeichnungsfrage siehe A. Hense, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht: mehr als ein Streit um Begriffe?, in: Haratsch u.a. (Hrsg.), Religion und Weltanschauung im säkularen Staat, 2001, S. 9 ff. m.w.N.

¹⁶ C. Link, Neuer Entwicklungen und Probleme des Staatskirchenrechts in Deutschland, in: Gamp/Link, Deutsches und österreichisches Staatskirchenrecht in der Diskussion, 1973, S. 25 (33).

¹⁷ Vgl. zur Gegenüberstellung von Erinnerungs- und Verständnisfunktion D. Wyduk-kei, Schnittstellen von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte, in: FS Krawietz, 2003, S. 109 (114 f.).

schichtliche Vorgänge und Zustände mehr zustande kommen.“¹⁸ Gleichwohl ist diese Annahme zur historischen Methode wiederum zu relativieren, weil es nun einmal auch das Dilemma jeder historischen Analyse ist, „daß nicht alle Größen in den Strudel gegenseitiger Relativierung gezogen werden können. Analytisch müssen, um Erkenntnis abzusichern, die Prämissen oder die Rahmenbedingungen aus der Historisierung ausgenommen werden, auch wenn diese ihrerseits historisierbar sind.“¹⁹ Insofern muß historische Analyse und Darstellung durchaus strukturierend vorgehen und kommt sicherlich in vergleichbare Wertungsschwierigkeiten, wie sie der juristischen Abwägung inhärent ist.²⁰

Es fragt sich nur, was ein historisches Argument in rechtlichen Fragen wiegt. Was bedeutet es und welche rechtsdogmatische Folge hat es beispielsweise, wenn der „vergründlichenden“ Sicht des Art. 140 GG/137 Abs. 5 WRV vorgehalten wird, sie sei ahistorisch?²¹ Oder sich die Auslegung des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG an den historischen Entstehungszusammenhängen orientiert und etwa Art. 4 Abs. 2 GG nicht extensiv wie das Bundesverfassungsgericht definiert wird, sondern als „klassische“ Kultusfreiheit, der unter geänderten Bedingungen wieder eine größere Bedeutung zukommen könne? Gibt es – in Abwandlung eines Diktums von Reinhart Koselleck – ein Vetorecht des „alten Rechts“ gegenüber der Rechtsentwicklung? Sind historische Betrachtungen und Einleitungen nur eine Form von wissenschaftlicher Archäologie? Oder sind alte Rechtsschichten mehr als die weitere Rechtsentwicklung bedingende, später vielleicht überbaute Fundamente, weil sie als ausgeformte tragende Rechtsgedanken unmittelbar in das geltende Rechtssystem rezipiert sind, „so daß sie oft nur als solche unverändert gültige Rechtsgedanken wieder aufgedeckt werden müssen, um in ungelöste Gegenwartsprobleme Klarheit zu bringen.“²²

¹⁸ So die Problembeschreibung von E.-W. Böckenförde, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in: ders. (Hrsg.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, 1972, S. 146 (147 f.). Zu Frage weiterhin C. Waldhoff, *Stand und Perspektiven der Verfassungsgeschichte in Deutschland aus Sicht der Rechtswissenschaft*, i.E.

¹⁹ R. Koselleck, *Dankrede*, in: Weinfurter (Hrsg.), *Reinhart Koselleck (1923-2006): Reden zum 50. Jahrestag seiner Promotion in Heidelberg*, 2006, S. 33 (55).

²⁰ Ohne geschichtswissenschaftliche Zusammenhänge und Ansätze auch nur annähernd erfassen zu können, siehe insbesondere die Beiträge von O. G. Oexle, *Geschichtswissenschaft im Zeichen des Historismus*, 1996; ders., *Das Menschenbild der Historiker*, 2002, je m.w.N.

²¹ S. Koriath, *Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht?*, in: FS Badura, 2004, S. 727 (737).

²² In diesem Sinn für das Privatrecht engagiert und nachdrücklich E. Picker, *Zum Gegenwartswert des Römischen Rechts*, in: Bungert (Hrsg.), *Das antike Rom in Europa*,

Diese Probleme, Anfragen sollen hier nicht gelöst werden, sondern nur als Merkpостen markiert werden. Für eine „entwicklungsgeschichtlich belehrte Gegenwartsdogmatik“²³ lassen sich historische Zusammenhänge fruchtbar machen. Was sich als „ahistorisch“ darstellt oder entgegen seines historischen Ursprungs abweichend umschrieben wird, muß rechtsdogmatisch nicht falsch sein, gleichwohl wird man – im Anschluß etwa an Henning Zwirner – festhalten können, daß historische Analyse und Begriffsarbeit keine sich selbst erschöpfende Selbstzwecke sind, sondern eine hermeneutische Leistung für die Gegenwart zu erbringen mögen.²⁴ Gibt es doch eine polare Spannung: von kultureller Vorgegebenheit und immer wieder neuer individueller Aneignung, von Umdeutung und Nichtaneignung, die die lebensweltliche Dynamik nicht nur von Individuen und Gruppen, sondern dem Gemeinwesen insgesamt konstituiert und das ausmacht, was Geschichte genannt wird.²⁵

Eine Betrachtung über die geschichtliche „Entwicklung“ der Religionsfreiheit muß sich bewußt sein, daß sie keine „reine“ Ideen- und Wesenserkenntnis ist. Ob und inwieweit ihr rechtsdogmatischer Gegenwartswert zukommt, wie mit den angedeuteten neueren Konzepten, die eine stärkere Berücksichtigung der historisch-genetischen Auslegung propagieren, kann an dieser Stelle offenbleiben. Die „geschichtliche Rechtswissenschaft“ wird jedenfalls wie der Rechtsvergleichung ein Klärungseffekt nicht abgesprochen werden können. Sie taugt als historische Referenz und ermöglicht die Beobachtung aktueller Entwicklungen, die vor dem historisch-genetischen Hintergrund schärfer analysiert werden können.

Dabei ist es nicht einfach, den Entwicklungsverlauf der Religionsfreiheit im einzelnen nachzuzeichnen. „Der Weg, der zur modernen Religionsfreiheit geführt hat, war ein steiniger Weg mit vielen Wegkreuzungen ohne sichtbare Wegmarken.“²⁶ Nicht ohne Grund wird von einem historischen Entwicklungsprozeß hin zur Religionsfreiheit gesprochen; eine Wegstrecke, die keineswegs linear oder kontinuierlich verlief.²⁷ Eine begriffsge-

1986, S. 289 (289); umfassend *ders.*, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, AcP 201 (2001), 763 ff.

²³ Näher zu diesem bemerkenswerten Punkt *E. Picker*, Der vindikatorische Herausgabeanspruch, in: FS 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, S. 693 (698).

²⁴ *H. Zwirner*, Politische Treuepflicht des Beamten (Diss. iur. Göttingen 1956), 1987, S. 64; *ders.*, Besprechung, ZevKR 23 (1978), 429 (430 f., 441). Siehe auch zu einem Versuch, dies für Art. 4 Abs. 2 GG durchzuführen *A. Hense*, Glockenläuten und Uhrenschlag: Der Gebrauch von Kirchenglocken in der kirchlichen und staatlichen Rechtsordnung, 1998, S. 213 ff. m.w.N.

²⁵ In Anlehnung formuliert an *Oexle*, Menschenbild (o. Fußn. 20), S. 8.

²⁶ *C. Starck*, Die historischen Quellen der modernen Religionsfreiheit, in: *ders.*, Der demokratische Verfassungsstaat: Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen, 1995, S. 364 (365).

²⁷ *R. Pahud de Mortanges*, Artikel ‚Religionsfreiheit‘, in: TRE XXVIII, 1997, 565 (565).

schichtliche Analyse würde schnell zutage fördern, daß über lange Entwicklungsstrecken die Terminologie Religionsfreiheit nicht die gebräuchliche Form war, sondern statt dessen die „Nebenbegriffe“ Glaubensfreiheit, Bekenntnisfreiheit oder der Begriff Toleranz den Gehalt umschreiben sollten,²⁸ Toleranz und Religionsfreiheit in einem spezifischen Sinne zusammengehören²⁹ und ein weitgehende Verwandtschaft und Beziehung aufweisen³⁰. Religion als Oberbegriff hat sich erst langsam herausgebildet; über lange Zeit stand Religion gleichberechtigt neben den äquivalenten Begriffen Konfession und Glaube,³¹

Andererseits wird heute der Begriff Religionsfreiheit für die Beschreibung von historischen Sachverhalten auch der Antike verwendet, wenn etwa die Christenbefreiung unter Kaiser Konstantin untersucht wird, die

²⁸ Dies zeigt sich an einem recht oberflächlichen lexiographischen Befund, durchgesetzt hat sich Religionsfreiheit als eigenständiger Artikelbegriff erst in neuerer Zeit. Z.B. von Moy, Artikel ‚Glaubensfreiheit und Glaubenszwang‘, in: Kirchen=Lexikon oder Encyklopädie der katholischen Theologie und ihrer Hilfswissenschaften. Hrsg. von Wetzer/Welte, Bd. IV, 1. Aufl. 1850, 528 ff.; Pohle, Artikel ‚Toleranz‘, in: Wetzer/Weltes Kirchenlexikon, Bd. XI, 2. Aufl. 1899, Sp. 1857 ff.; Mejer/Friedberg, Artikel ‚Toleranz‘ in: Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche. Hrsg. von Hauck, 19. Bd., 3. Aufl. 1907, 824 ff. Pruner, Artikel ‚Bekenntnisfreiheit (Cultusfreiheit, Glaubensfreiheit)‘, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. I, 1889, Sp. 865 ff.; Scharnagl, Artikel ‚Bekenntnisfreiheit‘, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 5. Aufl., Bd. I, 1926, Sp. 725 ff.; Heckel u.a., Artikel ‚Religionsfreiheit‘, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 4, 1988, Sp. 820 ff.; Pahud de Mortanges (o. Fußn. 27); Hilpert u.a., Artikel ‚Religionsfreiheit‘, in: LThK, 3. Aufl. Bd. VIII, 1999, Sp. 1048 ff. Schlenke u.a., Artikel ‚Religionsfreiheit‘, in: RGG 4. Aufl., Bd. 7, 2004, Sp. 307 ff.; J. Listl, Artikel ‚Religionsfreiheit‘, in: HRG Bd. IV, 1990, Sp. 862 ff.

²⁹ Ablesbar an dem Sammelband von H. Lutz (Hrsg.), Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit, 1977. Siehe auch Religiöse Toleranz: Dokumente zur Geschichte einer Forderung. Eingeleitet, kommentiert und herausgegeben von Guggisberg, 1984, S. 9 ff.

³⁰ Dieses begriffliche Grundverhältnis umschreibt Guggisberg folgendermaßen: „Ein Mensch übt Toleranz, wenn er einen anderen Menschen duldet, der sich in seinen Meinungen und Anschauungen und vielleicht auch in seinem Handeln von ihm unterscheidet. Eine Obrigkeit praktiziert Toleranz, wenn sie religiöse Minderheiten, die sich von der offiziellen Kultausübung distanzieren, in ihrem Staatswesen leben läßt. [...] ‚Religionsfreiheit‘ hingegen bedeutet ein gewährtes Recht und dadurch eine Zustand, den die Bürger eines Staatswesens genießen, und zwar als Konsequenz der von der Regierung praktizierten Toleranz. Anders gesagt: Toleranz ermöglicht, gewährt und schafft Religionsfreiheit, Religionsfreiheit ihrerseits erlaubt die Entstehung eines religiösen Pluralismus innerhalb einer staatlich-politischen Gemeinschaft“. So H. R. Guggisberg, Wandel der Argumente für religiöse Toleranz und Glaubensfreiheit im 16. und 17. Jahrhundert, in: Lutz (o. Fußn. 29), S. 455 (458 f.). Siehe auch ders., Religiöse Toleranz (o. Fußn. 29), S. 11 und G. Luf, Von der Toleranz zur Religionsfreiheit, in: Rauscher (Hrsg.), Mehrheitsprinzip und Minderheitenrecht, 1988, S. 54 ff.

³¹ Näher W. Heun, Die Begriffe der Religion und Weltanschauung in ihrer verfassungshistorischen Entwicklung, ZRG Kan. Abt. Bd. 117 (2000), 334 (335 f. m.w.N.).

ebenso gut mit der „Gnadengabe“ der Toleranz beschrieben werden könnte.³² Die Terminologie Religionsfreiheit ist ebenso vielseitig wie vieldeutig. Ihre Bedeutung erschließt sich nur jeweils kontextuell aus den konkreten Verwendungszusammenhängen.

Die Kontextabhängigkeit läßt es angezeigt sein, das, was heute als Religionsfreiheit beschrieben wird, ideengeschichtlich zu analysieren und zu verorten und etwa als Entwicklungsprozeß zu deuten, der infolge der Aufklärung der Individualisierung Vorschub leistet und zur Grundlage des Verständnisses von Religionsfreiheit macht.³³ Eine andere Vorgehensweise setzt weniger ideengeschichtlich bzw. theoretisch-konzeptionell an; sie wendet sich einer vorrangigen rechts- bzw. verfassungsgeschichtlichen Betrachtungsweise zu, die vergleichend ausländische Regelungstraditionen heranzieht und deren Auswirkungen analysiert.³⁴ Während die ideengeschichtliche Vorgehensweise die „Geschichte einer Forderung“ dokumentiert, handelt es sich bei der eher rechtsgeschichtlichen Betrachtung um die „Geschichte einer Praxis“.³⁵ Nachfolgend sollen vorrangig die deutschen Entwicklungs- und Kontinuitätslinien dargestellt werden, wobei der Schwerpunkt auf die rechts- bzw. verfassungsgeschichtliche Reminiszenz liegt und wesentlich weniger in der ideengeschichtlichen Verortung.

III. Entwicklungsstadien und -linien der Religionsfreiheit

Die vor allem mit der Auseinandersetzung zwischen Georg Jellinek und Emile Boutmy verbundene Auseinandersetzung darüber, ob die Religionsfreiheit³⁶ das Ur- oder Muttergrundrecht sei,³⁷ oder andere kontroverse

³² Pars pro toto *B. Köting*, Religionsfreiheit und Toleranz im Altertum, 1977, S. 15 ff.

³³ Diesen Weg beschreitet sehr tiefgründig *Walter* (o. Fußn. 13), insbes. S. 36 ff.

³⁴ Diese Vorgehensweise wählt etwa *Borowski* (o. Fußn. 13), S. 8 ff.

³⁵ So eine von *Guggisberg* gewählten Differenzierung, Religiöse Toleranz (o. Fußn. 29), S. 11. Guggisberg weist dabei auf die Gefahr hin, „daß die Darstellung von Toleranz und Religionsfreiheit eine Art Literaturgeschichte bleibt, daß sie sich nur mit der Analyse individueller Forderungen und gesetzlicher Regelungen befaßt und deren konkrete gesellschaftlichen Auswirkungen infolge eines zu eng angelegten Quellenstudiums vernachlässigt“ (ebenda, S. 15).

³⁶ Orientierender Überblick zur Entwicklung bei *A. v. Campenhausen*, Entwicklungsstufen der Religionsfreiheit in Deutschland, ZevKR 47 (2002), 303 ff. Umfassend *J. Listl*, Die Religionsfreiheit als Individual- und Verbandsgrundrecht in der neueren deutschen Rechtsentwicklung und im Grundgesetz, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 3 (1969), S. 34 ff., insbes. 34-67. Grundlegend *H. Fürstenau*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit nach seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen Geltung in Deutschland, 1891 (Neudruck 1975).

³⁷ *G. Jellinek*, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, in: Schnur (Hrsg.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964, S. 1 ff.; *E. Boutmy*, Die Erklärung