

STEFAN HUSTER

Die ethische Neutralität des Staates

Jus Publicum

90

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 90



Stefan Huster

Die ethische Neutralität des Staates

Eine liberale Interpretation der Verfassung

2., unveränderte Auflage
mit einer neuen Einleitung

Mohr Siebeck

Stefan Huster, geboren 1964, ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum.

e-ISBN PDF 978-3-16-155392-9
ISBN 978-3-16-155391-2
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2017 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 Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort zur 2. Auflage

Dass eine rechtswissenschaftliche Habilitationsschrift 15 Jahre nach ihrem Erscheinen vergriffen ist, ist eher selten. Und noch seltener ist es, dass sich Verlag und Verfasser dazu entschließen, eine Zweitaufgabe in Angriff zu nehmen. Beide Umstände erklären sich daraus, dass diese Schrift mit dem Grundsatz der staatlichen Neutralität ein Thema behandelt, das angesichts der religiös-weltanschaulichen und kulturellen Konflikte auf großes Interesse gestoßen ist – und nach wie vor auf Interesse stößt, so dass die hiesigen Überlegungen der wissenschaftlichen Diskussion weiterhin zur Verfügung stehen sollten.

Anzahl und Umfang der Diskussionen, die in den letzten eineinhalb Jahrzehnten zum Grundsatz der Neutralität des Staates geführt worden sind, lassen es kaum zu, die gesamte Schrift zu aktualisieren; man hätte sie dann in weiten Teilen neu verfassen müssen. Stattdessen habe ich in einer Einleitung zu dieser Neuauflage nachzuzeichnen versucht, wie sich der Neutralitätsgrundsatz seit Erscheinen der Arbeit – und zum Teil unter Bezugnahme auf sie – entwickelt hat.

Zu danken habe ich neben den Kolleginnen und Kollegen, die sich an der wissenschaftlichen Diskussion beteiligt haben und beteiligen, dem Verlag Mohr Siebeck und insoweit insbesondere Dr. Franz-Peter Gillig für die Ermöglichung dieser Neuauflage. Gewidmet ist sie dem Andenken der beiden viel zu früh verstorbenen Heidelberger Betreuer der Arbeit, Görg Haverkate und Winfried Brugger.

Bochum, im Januar 2017

Stefan Huster

Vorwort zur 1. Auflage

Die vorliegende Untersuchung ist im Wintersemester 2001/02 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Habilitationsschrift angenommen worden. Das Manuskript wurde im Juli 2001 abgeschlossen; die Nachweise in den Fußnoten sind für die Drucklegung aktualisiert worden.

Zu danken habe ich in erster Linie den Gutachtern der Arbeit – und keineswegs allein für die Erstellung der Gutachten. Während meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl hat Herr Prof. Dr. Görg Haverkate mit der ihm eigenen Großzügigkeit die fachlichen, institutionellen und menschlichen Voraussetzungen für die Anfertigung der Arbeit geschaffen. Herr Prof. Dr. Winfried Brugger hat nicht nur das Zweitgutachten übernommen, sondern auch die Entstehung der Arbeit mit ständiger Bereitschaft zum offenen und kontroversen Gespräch intensiv begleitet.

Verschiedene Teile der Arbeit sind in Arbeitskreisen, in Seminaren und auf Tagungen in und außerhalb der Heidelberger Fakultät vorgestellt und diskutiert worden. Einzelne Freunde und Kollegen hervorzuheben, wäre ungerecht; ihnen allen sei für Zuspruch wie für Kritik herzlich gedankt.

Heidelberg, im Februar 2002

Stefan Huster

Inhaltsübersicht

<i>Einleitung zur 2. Auflage: Das Gebot der ethischen Neutralität des Staates in der Diskussion</i>	XXV
<i>Einleitung</i>	1
<i>Erster Teil: Grundlegung</i>	3
<i>Zweiter Teil: Anwendungen</i>	125
<i>Dritter Teil: Fazit</i>	631
<i>Thesen</i>	679
<i>Literaturverzeichnis</i>	687
<i>Register</i>	757

Inhaltsverzeichnis

<i>Einleitung zur 2. Auflage</i>	XXV
<i>Einleitung</i>	1

Erster Teil Grundlegung

<i>1. Kapitel: Staatliche Neutralität als verfassungstheoretischer und verfassungsrechtlicher Schlüsselbegriff</i>	5
A. Ethischer Pluralismus und staatliche Neutralität	5
I. Der ethische Pluralismus moderner freiheitlicher Gesellschaften	5
1. Das Faktum des Pluralismus	5
2. Begriffspräzisierungen	7
3. Die Abgrenzung zu anderen Pluralismusbegriffen	8
a) Die Pluralismustheorie	8
b) Die Theorie des Wertpluralismus	9
II. Das Ordnungsmodell der staatlichen Neutralität	10
1. Die Unterscheidung zwischen dem Rechten und dem Guten	10
2. Die Funktion des Neutralitätsbegriffs	12
III. Der Neutralitätsbegriff im Verfassungsrecht	12
1. Der Neutralitätsbegriff im Religionsverfassungsrecht	12
2. Der Neutralitätsbegriff in anderen Rechtsbereichen mit ethischem Bezug	14
3. Neutralität als grundlegendes Merkmal grundgesetzlicher Staatlichkeit	15
B. Das Neutralitätsgebot in der aktuellen Diskussion	18
I. Pluralismus, Integration und Neutralität	18
1. Die Zweifel an dem liberalen Modell staatlicher Neutralität	18
2. Die Verschärfung des ethischen Pluralismus	20
3. Der ethische Pluralismus als politisches Problem	21
4. Die Selbstvergewisserung freiheitlicher Ordnungen	23
II. Der Streit um den Neutralitätsbegriff in der neueren Sozialphilosophie	23
1. Der ethische Liberalismus	25
2. Der Multikulturalismus	26
3. Der Kommunitarismus	27

III. Das Neutralitätsgebot in der verfassungsrechtlichen Diskussion	29
1. Der Anwendungsbereich des Neutralitätsgebotes	31
a) Die Notwendigkeit einer Eingrenzung des Neutralitätsbegriffs	31
b) Die heuristische Funktion des Begriffs des ethischen Pluralismus	33
c) Enges oder weites Neutralitätsgebot?	34
2. Der Gehalt des Neutralitätsgebotes	35
a) Die Unbestimmtheit der Umschreibungen	35
b) Das Verhältnis des Neutralitätsgebotes zu verwandten Rechtsgrund- sätzen	36
c) Neutralitätsgebot und Trennungsprinzip	37
3. Die Normstruktur des Neutralitätsgebotes	38
a) Prinzipiencharakter des Neutralitätsgebotes?	38
b) Objektives Gebot und subjektive Rechte	39
c) Eigenständiges Rechtsgebot oder unselbständige Zusammenfassung? .	40
C. Neutralitätsbegriff und Neutralitätsvorstellungen – zur Problemstellung der Untersuchung	42
I. Das Neutralitätsgebot zwischen zunehmender Bedeutung und abnehmendem Konsens	42
II. Die verfassungsgemäße Neutralitätstheorie	43
III. Der Gang der Untersuchung	46
 <i>2. Kapitel: Grundlagen und Konsequenzen des Gebotes staatlicher Neutra- lität</i>	 47
A. Die Begründung des Neutralitätsgebotes	47
I. Die strategische Begründung: Der Modus vivendi-Liberalismus	47
1. Die historische Ableitung: Neutralität als Instrument der Friedenssicherung	47
2. Die Vorteile des Modells	49
3. Die Schwächen des Modells	49
4. Nutzen und Grenzen des Modus vivendi-Modells	51
II. Die philosophische Begründung: Der ethische Liberalismus	53
1. Der relativistische Ansatz	53
2. Der Ansatz über das Ideal der Individualität	59
a) Humboldt	59
b) J. St. Mill	62
c) Neutralität und Persönlichkeitsideal	65
3. Ansätze über den Begriff der Autonomie	67
a) Kant	67
b) Rawls	74
4. Die Probleme des ethischen Liberalismus	76
III. Die moralische Begründung: Der politische Liberalismus	80
1. Der politische Liberalismus als Antwort auf die Defizite des Modus vivendi-Modells und des ethischen Liberalismus	80
2. Die moralische Begründung des Neutralitätsgebotes: Legitimität, Gleichheit und politischer Skeptizismus	84

a) Legitimität und Begründung	85
b) Der politische Skeptizismus	86
c) Neutralität und Gleichheit	89
3. Erläuterungen der moralisch-politischen Begründung des Neutralitätsgebotes	90
a) Das Verhältnis zu alternativen Begründungsansätzen	91
b) Die Abhängigkeit des Neutralitätsgebotes von seiner Begründung ...	92
B. Der Neutralitätsbegriff im Kontext	93
I. Das Neutralitätsgebot und die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft	93
1. Die Bedeutung der staatlichen Zwangsgewalt für die Begründung des Neutralitätsgebotes	93
2. Der Bürger und seine Rollen	96
II. Der Gehalt des Neutralitätsgebotes	98
1. Begründungs- oder Wirkungsneutralität?	98
2. Der Wettbewerb der ethischen Überzeugungen	101
III. Der Vorrang des Rechten vor dem Guten	105
1. Die individuellen Freiheitsrechte als Ausdruck des Vorrangs des Rechten	105
2. Die Abwehr externer Präferenzen	109
3. Die Selektivität der staatlichen Neutralität	112
4. Modifikationen und Erläuterungen	117
5. Die strukturelle Parteilichkeit der freiheitlichen Ordnung	120

Zweiter Teil Anwendungen

<i>3. Kapitel: Zwischen Neutralitätsgebot und Toleranzprinzip: Das Kreuz in der öffentlichen Schule</i>	<i>127</i>
A. Einführung: Die Einordnung der Schulkreuz-Problematik	127
I. Die beiden Problemkonstellationen: Differenzberücksichtigung und Privilegierung	127
II. Der Streit um das Schulkreuz als paradigmatischer Fall der Privilegierungsproblematik	128
III. Der Gang der Untersuchung	129
B. Das Verhältnis des Neutralitätsgebotes zur abwehrrechtlichen Schutz- wirkung der Glaubensfreiheit	129
I. Einführung	129
II. Die Bedeutung des Neutralitätsgebotes für die Bestimmung des Schutzbereichs der Glaubensfreiheit	131
1. Neutralitätserwägungen bei der Schutzbereichsbestimmung	131
2. Abwehrrecht und Neutralitätsgebot im Schulkreuz-Streit	133

a) Das ungeklärte Verhältnis in der Schulkreuz-Entscheidung	133
b) Die Subjektivierung des Neutralitätsgebotes	134
3. Das Neutralitätsgebot und die modale Schutzwirkung des Art. 4 Abs. 1 GG	136
III. Das Lernen unter einem religiösen Symbol: kein Grundrechtseingriff?	138
1. Die Frage nach dem faktischen Grundrechtseingriff als dogmatischer Ausgangspunkt	138
2. Faktischer Grundrechtseingriff und rechtliche Struktur des Lebenssachverhalts	139
3. Faktischer Grundrechtseingriff und Schutzzweck des Grundrechts	139
4. Die bisherige grundrechtliche Aufarbeitung religiös-weltanschaulicher Beeinflussung durch den Staat	141
a) Religiös-weltanschauliche und politische Beeinflussung in der Schule	141
b) Religiös-weltanschauliche Beeinflussung durch staatliche Warnungen	144
5. Der Zusammenhang von Eingriffs- und Neutralitätsproblematik	147
6. Der überschießende Gehalt des Art. 4 Abs. 1 GG	148
7. Die Interpretation des Kreuzes	149
a) Die Einwirkung durch das Schulkreuz	150
b) Die Interpretationsalternative in inhaltlicher Hinsicht: säkulare oder religiöse Bedeutung des Schulkreuzes?	151
c) Die Irrelevanz des Inhalts der religiösen Bedeutung des Schulkreuzes	152
d) Die Interpretation staatlich veranlaßter Symbole	153
aa) Die Mißverständlichkeit der Frage nach der Interpretationskompetenz	154
bb) Die Interpretationsmaßstäbe	154
cc) Verfassungskonforme Zeicheninterpretation?	155
dd) Das Gebot grundrechtsschützender Zeicheninterpretation	157
e) Anwendung der Interpretationsmaßstäbe auf das Schulkreuz	158
IV. Zwischenergebnis: Die Abhängigkeit des Grundrechtsschutzes von dem Gebot der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates	160
1. Die Nicht-Neutralität der vermittelten Inhalte	161
2. Die spezifische Staatsbezogenheit des Grundrechtsschutzes	161
3. Der spezifische Neutralitätsbezug des Grundrechtsschutzes	162
C. Die Rechtfertigung des Schulkreuzes	163
I. Vorbemerkungen zur dogmatischen Struktur der Eingriffsrechtfertigung	163
1. Der Einbau des Neutralitätsgebotes in die Grundrechtsprüfung	163
2. Der grundrechtliche Bezug der Eingriffsrechtfertigung	164
3. Untaugliche Rechtfertigungsansätze	165
a) Das Argument der Mehrheitsentscheidung	165
b) Das Argument der Folgenberücksichtigung	166
c) Das Argument des Föderalismus	167
4. Wahrnehmung staatlicher Aufgaben oder Unterstützung religiöser Bürgerinteressen?	170

II. Die Rechtfertigung aus der positiven Religionsfreiheit	171
1. Einwände gegen die Heranziehung der positiven Religionsfreiheit als Kollisionsgut	172
a) Positive Religionsfreiheit und Status positivus	172
b) Positive Religionsfreiheit und „staatliches“ Kreuz	173
c) Die positive Religionsfreiheit als Kollisionsgut	174
2. Die Unterscheidung von negativer und positiver Glaubens- freiheit	174
a) Negative Glaubensfreiheit als Verhinderungsrecht?	175
b) Die Nutzlosigkeit der Gegenüberstellung von positiver und negativer Religionsfreiheit	176
c) Zwischenergebnis	178
3. Die Neutralitätswidrigkeit der generellen und exklusiven staatlichen Anordnung des Schulkreuzes	179
a) Die Irrelevanz der religiösen Interessen	179
b) Die selektive Förderung der Glaubensfreiheit	180
4. Zwischenergebnis: Die Untauglichkeit der Rechtfertigung über die positive Religionsfreiheit	181
III. Die Rechtfertigung aus dem staatlichen Erziehungsauftrag	181
1. Das Verhältnis von Erziehungsauftrag und religiösen Interessen	181
2. Erziehungsauftrag, christliche Gemeinschaftsschule und staatliche Neutralität	182
a) Die Rechtsprechung zur christlichen Gemeinschaftsschule	183
b) Die Ambivalenz dieser Rechtsprechung	185
3. Die christliche Gemeinschaftsschule in der Schulkreuz- Entscheidung	186
4. Die Konsequenz: Infragestellung des Neutralitätsgebotes	188
D. Religiös-weltanschauliche Integration oder staatliche Neutralität?	189
I. Unmöglichkeit der religiös-weltanschaulichen Neutralität der Schule?	189
1. Der Einwand der mangelnden Wirkungsneutralität	190
a) Die faktische Benachteiligung der Religion	190
b) Folgeprobleme dieses Einwandes	191
2. Der Einwand der unvermeidlichen religiös-weltanschaulichen Prägung der Schule	194
a) Die Formulierung des Einwands	194
b) Neutralität als Diskriminierung?	196
3. Der Übergang zum Integrationsproblem	198
II. Das Argument der Integration	199
1. Die Notwendigkeit einer ethischen Integration	199
2. Die leistungsstaatliche Wendung in der religionsrechtlichen Diskussion und ihre Probleme	200
a) Die Unterscheidung von verfassungstheoretischen Einsichten und verfassungsrechtlichen Folgerungen und das Böckenförde-Paradox	200
b) Die Neutralitätskompatibilität dieses Ansatzes	202

c) Die religionssoziologischen Veränderungen und ihre Folgeprobleme für das Religionsrecht	204
d) Die Anfälligkeit des leistungsstaatlichen Ansatzes	205
3. Die Infragestellung des Neutralitätsgebotes	209
III. Die Ableitung verfassungsrechtlicher Folgerungen aus verfassungs- theoretischen Prämissen	214
1. Das ambivalente Verhältnis von Staat und Religion	214
2. Verfassungsrechtliche Verankerung einer christlichen Integrationsgrundlage?	216
a) Die religiös-weltanschauliche Unbestimmtheit des Grundgesetzes ...	217
b) Die Notwendigkeit des Nachweises einer Vorzugsstellung des Christentums im Grundgesetz	218
c) Der besondere Gleichheitssatz als konkretisierende Vorgabe für das Neutralitätsgebot	219
IV. Toleranz oder Neutralität des Staates?	222
1. Der Toleranzbegriff	222
a) Praxis und Tugend der Toleranz	223
b) Staat oder Bürger als Adressat des Toleranzgebotes?	224
c) Der sachliche Gehalt des Toleranzgebotes	225
2. Religiös-weltanschauliche Toleranz als Verfassungsprinzip?	226
a) Das Schulkreuz, die christliche Gemeinschaftsschule und die Toleranz	226
b) Toleranz vs. Neutralität	226
3. Die Probleme des Toleranzmodells	229
a) Die Vagheit der staatlichen Toleranzverpflichtung	229
b) Rechtspflicht der Bürger zur Toleranz?	232
4. Neutralität des Staates, Toleranz der Bürger	233
a) Staatliche Neutralität statt Toleranz	233
b) Toleranz als bürgerliche Verhaltenstugend	234
E. Das Schulkreuz im neutralen Staat	235
I. Die Regelungsoptionen des neutralen Staates	235
1. Verzicht und Generalisierung	235
a) Der Verzicht auf religiös-weltanschauliche Symbole	235
b) Die generelle Anbringung religiös-weltanschaulicher Symbole	237
2. Wann Verzicht, wann Generalisierung?	239
a) Der politisch-pragmatische Charakter der Entscheidung	239
b) Grund und Grenzen der staatlichen Förderung von Religion und Weltanschauung	241
II. Die bayerische Neuregelung und das Neutralitätsgebot	243
1. Die bayerische Neuregelung in der Diskussion	243
2. Die Doppelstrategie des bayerischen Gesetzgebers	244
3. Das Gebot der grundrechtsschützenden Interpretation	245
4. Die Widerspruchsregelung	246
5. Das Kreuz zwischen religiöser und säkularer Bedeutung	248

4. Kapitel: Erziehung im neutralen Staat	250
A. Elterliches Erziehungsrecht und staatliches Wächteramt	250
I. Die Spannung zwischen Rechtfertigungsschwäche und Rechts- folgenstärke des elterlichen Erziehungsrechts	250
1. Das Kindeswohl als Grundlage des elterlichen Erziehungsrechts .	251
2. Die Stärke des Elternrechts	253
3. Das Spannungsverhältnis	255
II. Die staatliche Neutralitätspflicht als Hintergrundannahme	256
1. Die Pluralität der Erziehungsvorstellungen	256
2. Die Pluralität der Kindeswohlvorstellungen	258
3. Kindeswohl als Rechtsbegriff	261
III. Das Neutralitätsgebot als Fundament des elterlichen Erziehungsrechts	269
1. Die Anschlußfähigkeit der neutralitätsfundierten Rechtfertigung .	269
2. Die relative Vorzugswürdigkeit der elterlichen Erziehung	271
B. Der Erziehungsauftrag der öffentlichen Schule	272
I. Einleitung	272
1. Die „Äußerlichkeit“ der staatlichen Rechtsordnung	273
2. Die Notwendigkeit von Erziehungszielen	274
II. Die Gleichordnung von staatlichem Erziehungsauftrag und elterlichem Erziehungsrecht in der öffentlichen Schule und ihre Probleme	275
1. Die Grundrechte als Grenze der staatlichen Erziehungstätigkeit .	275
a) Die Ablehnung des Separationsmodells	275
b) Die Anerkennung eines eigenständigen schulischen Erziehungs- auftrags	276
2. Das gleichgeordnete Zusammenwirken	277
a) Die einheitliche Persönlichkeit	277
b) Bereichsdifferenzierungen und Ausgleichsvorgaben	277
3. Probleme der Gleichordnung	278
a) Das elterliche Erziehungsrecht als genereller Abwägungsgesichtspunkt?	279
b) Das Elternrecht als Indoktrinationsverbot?	280
c) Fazit: Die Schwächen des Gleichordnungsmodells	283
III. Die Verfassung als Erziehungsleitlinie?	283
1. Autonome Persönlichkeitsentfaltung als exklusives Erziehungsziel?	284
2. „Verfassungssessen“ als exklusives Erziehungsziel?	286
3. „Pädagogische Verfassungsinterpretation“?	288
a) Erziehung zur Grundrechtswahrnehmung?	289
b) Achtung der Grundrechte als Erziehungsziel?	291
c) Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ als Erziehungsziel?	293
IV. Schulische Erziehung auf der Grundlage ethischer Begründungs- neutralität	296

1. Das Gebot der ethischen Begründungsneutralität als Schranke der staatlichen Erziehungsbefugnisse	296
a) Die Diagnose: Die politische Festlegung der Erziehungsziele und ihre Grenzen	296
aa) Die Notwendigkeit der politischen Festlegung der Erziehungsziele	296
bb) Irreführende Konkretisierungen des Neutralitätsgebotes	297
b) Die Therapie: Der Ansatz über die Begründungsneutralität	298
aa) Das Grundproblem der Rechtfertigung	298
bb) Die Ablehnung eines Gebotes der Wirkungsneutralität	299
cc) Das Verhältnis zum Elternrecht	299
c) Die Konsequenzen: Begründungsneutralität und staatliche Erziehungsbefugnisse	300
aa) Persönlichkeitsentfaltung und Integration als grundlegende Ziele der öffentlichen Schule	301
bb) Persönlichkeitsentfaltung durch Bildung	302
cc) Integration durch Erziehung	303
aaa) Politische Erziehungsziele: „Gesetzestreue und Vaterlandsliebe“	304
bbb) Moralische Erziehungsziele: „Erziehung zu sittlicher Verantwortlichkeit“	309
ccc) Ethische Erziehungsziele: „Leistungswille und Eigenverantwortung“	311
d) Zwischenergebnis: Begründungsneutralität statt Bereichsscheidung ..	312
2. Möglichkeiten und Grenzen der moralischen Erziehung in der öffentlichen Schule: das Beispiel des Ethikunterrichts	314
a) Die verfassungsrechtlichen Probleme des Ethikunterrichts	314
b) Moralerziehung als legitime Aufgabe des Ethikunterrichts	316
c) Der Universalitätsanspruch moralischer Überzeugungen und das Verhältnis von Recht und Moral im pluralistischen Gemeinwesen ...	321
d) Wirkungsneutralität der schulischen Moralerziehung?	323
e) Außen- vs. Binnenperspektive: das Beispiel LER	325
f) Der Einwand des fehlenden Fundaments	334
g) Privatschulfreiheit als Ausweg?	338
h) Exemplarisch: Ethische Toleranz als Erziehungsziel	342
3. Religionsunterricht und Neutralitätsgebot	349
a) Die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Neutralitätsgebot als Bestätigung der Neutralitätsforderung	349
b) Die Unterscheidung von Begründungsneutralität und Trennungsgebot	350
c) Die Bestätigung des grundgesetzlichen Neutralitätsgebotes durch die Ausgestaltung des Religionsunterrichts	354
aa) Der Grundsatz der Freiwilligkeit der Teilnahme	354
bb) Die Orientierung an den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften	358
cc) Die Gleichheit des Zugangs	361
V. Neutralität und ethische Identität	365
1. Die erzieherische Gewaltenteilung und ihre Funktion	365
a) Die neutrale Einheitlichkeit der öffentlichen Erziehung	365
b) Einheitliche Persönlichkeit oder differenziertes Selbst?	367

c)	Der Schutz und die Förderung ethischer Identität als Einwände gegen die neutrale schulische Erziehung?	370
2.	Befreiungsansprüche zum Schutz der ethischen Identität	371
a)	Grundrechtsschutz gegen neutrale Erziehung?	371
b)	Religiös-weltanschauliche Besonderheiten, Religionsfreiheit und allgemeines Recht	373
aa)	Das Spannungsverhältnis von allgemeiner Regelung und konkretem Fall	374
bb)	Ein einheitliches Grundrecht der Religionsfreiheit?	376
cc)	Die differenzierte Interpretation des Schutzbereiches	380
c)	Religiös-weltanschauliche Exemptionsansprüche in der neutralen Schule	387
aa)	Die religionspezifischen Grundrechte in der Schule	387
aaa)	Die Bekenntnis- und Ausübungsfreiheit	387
bbb)	Die Glaubensfreiheit	389
bb)	Grundrechte und Konfrontationsschutz	391
aaa)	Die Schwächen der herrschenden Dogmatik	391
bbb)	Genügt die reine Konfrontation per se dem Neutralitätsgebot?	393
ccc)	Konfrontation und Wirkungsneutralität	396
cc)	Die Funktion der Gewissensfreiheit	404
3.	Neutralität und Multikulturalismus: Kulturelle Offenheit oder kulturelle Segmentierung?	407
a)	Die liberalen Prämissen und ihre multikulturalistische Kritik	407
aa)	Die Isolierung und Individualisierung ethischer Konflikte	407
bb)	Die Kritik des liberalen Modells	408
aaa)	Gleichheit und Differenz	409
bbb)	Individualrechte und gesellschaftlicher Assimilationsdruck	411
cc)	Die multikulturalistische Alternative	413
b)	Multikulturalismus und Grundgesetz	415
aa)	Verpflichtet das Grundgesetz zu einer multikulturellen Politik? ..	415
aaa)	Autochthone Minderheiten	415
bbb)	Allochthone Minderheiten	416
bb)	Verfassungsrechtliche Grenzen und Möglichkeiten einer multikulturellen Politik	419
aaa)	Das Verhältnis von Individuum und Gruppe und die grundrechtliche Schutzpflicht	419
bbb)	Schutz der Gruppenidentität und Neutralitätsgebot	423
ccc)	Kulturelle Nationalidentität vs. Multikulturalismus?	427
cc)	Ist die verfassungsrechtliche Festschreibung einer multikulturalistischen Politik sinnvoll?	429
aaa)	Ein moralisches Recht auf staatlichen Schutz der Gruppenidentität?	429
bbb)	Zweckmäßigkeit einer verfassungsrechtlichen Festschreibung multikulturalistischer Politik?	433

5. Kapitel: <i>Kunstfreiheit, Kunstförderung und staatliche Neutralität</i>	436
A. Einleitung: Staatliche Neutralität und kulturelle Struktur	436
B. Das verfassungsrechtliche Dilemma der ästhetischen Neutralität des Staates	437
I. Die staatliche Neutralität im Eingriffsbereich	437
1. Die neutralitätsmotivierte Offenheit des Kunstbegriffs	438
2. Der Schluß auf die ästhetische Neutralität des Staates	439
II. Ästhetische Neutralität der staatlichen Kunstförderung?	441
1. Die Verfassungswidrigkeit staatlicher Kunstförderung	441
2. Der Verzicht auf qualitative Maßstäbe	442
a) Die „Gießkannenförderung“	442
b) Freiheitsschonende Alternativen	443
3. Die pragmatische Lösung	443
III. Lösungsansätze	445
1. Die verfassungsrechtliche Verankerung und der Zweck der staatlichen Kunstförderung	446
2. Kunstförderung als Gewährleistung der materiellen Freiheitsvoraussetzungen	447
a) Der sozialstaatliche Ansatz	447
b) Die Unterstützung der Kunstproduzenten	448
c) Die Förderung der Kunstrezipienten	449
d) Sozialstaatliche Unterstützung und „kulturelle Eigenwerte“	451
3. Die Kunstförderung als Gewährleistung eines freien Lebens- bereichs?	452
a) Die institutionelle Deutung des Grundrechts	452
b) Die Konsequenzen für den Förderungsbereich	454
aa) Qualitätsförderung aus Eigengesetzlichkeit	454
bb) Freiheit als Eigengesetzlichkeit?	456
C. Ein Neuansatz: Kunst als öffentliches Gut	457
I. Ethische oder ästhetische Neutralität?	457
1. Die vergessene Frage nach der Legitimation qualitätsorientierter Kunstförderung	457
2. Der Rechtfertigungsbedarf des kontrafaktischen Charakters staatlicher Kunstförderung	458
3. Ästhetische Neutralität als Irrweg	460
a) Die partielle Gewißheit ästhetischer Maßstäbe	460
b) Die Verwechslung von ästhetischer und ethischer Neutralität	461
II. Kunst als öffentliches Gut	464
1. Das Neutralitätsproblem in der Kunstförderung – reformuliert . .	464
2. Der paternalistische Ansatz	464
3. Die gesellschaftliche Bedeutung der Kunst	465
4. Die kulturelle Struktur des Gemeinwesens	467
5. Die Finanzierung des öffentlichen Guts	469

D. Folgerungen: Ausgestaltung und Grenzen der Kunstförderung	470
I. Das Spannungsverhältnis von staatlicher Kunstförderung und Kunstfreiheit	471
II. Staatliche Kunstförderung und derivative Teilhaberechte	471
III. Qualitätsorientierte Kunstförderung und staatliche Neutralitätspflicht	472
1. Die Qualitätsorientierung der Kunstförderung	472
a) Die Vereinbarkeit mit dem Neutralitätsgebot	472
b) Die Gebotenheit durch das Neutralitätsgebot	474
c) Wirkungs- oder Begründungsneutralität der Kunstförderung?	474
d) Die Kunstförderung in quantitativer Hinsicht	475
e) Ästhetische Funktionalisierung des abwehrrechtlichen Grundrechtsschutzes?	478
2. Der Begriff der ästhetischen Qualität unter dem Einfluß des Neutralitätsgebotes	481
a) Ein formaler Begriff der ästhetischen Qualität	481
b) Die Unzulässigkeit „sittlicher“ Maßstäbe	482
c) Die verfahrensrechtliche Dimension	483
IV. Der Staat als Kunstförderer und Kunstrichter?	486
<i>6. Kapitel: Der verfassungsrechtliche Schutz von Ehe und Familie im Lichte des Neutralitätsgebotes</i>	488
A. Die Grundstruktur des verfassungsrechtlichen Ehe- und Familienschutzes	488
I. Der besondere Schutz von Ehe und Familie und das Neutralitätsgebot – ein Widerspruch?	488
1. Der ethische Charakter der Formen des privaten Zusammenlebens	488
2. Die Bedeutung der Begründungsfrage	489
II. Der verfassungsrechtliche Schutz von Ehe und Familie zwischen privaten und öffentlichen Interessen	491
1. Die Dimensionen des Art. 6 Abs. 1 GG in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung	491
a) Abwehrrecht, Institutsgarantie und wertentscheidende Grundsatznorm	491
b) Probleme und Gehalte der wertentscheidenden Grundsatznorm	492
aa) Das systematische Verhältnis von besonderem Schutz und wertentscheidender Grundsatznorm	492
bb) Das Verhältnis der Grundrechtsfunktionen	493
cc) Benachteiligungsverbot und Förderungsgebot als Elemente der wertentscheidenden Grundsatznorm	494
2. Personale und transpersonale Belange	496
a) Der Schutz personaler Belange	496
b) Der Schutz transpersonaler Belange	497
c) Der dualistische Charakter des Art. 6 Abs. 1 GG	498
III. Das Neutralitätsgebot in der Interpretation des Art. 6 Abs. 1 GG	500

1. Die Bedeutung der Zweckfrage	500
2. Zwei Begründungsansätze	501
a) Ethisch-substantielle Begründungsansätze	501
b) Politisch-funktionale Begründungsansätze	502
c) Die Unterschiede der beiden Begründungsansätze	503
3. Die Bedeutung des Neutralitätsgebotes	504
B. Der verfassungsrechtliche Schutz der Familie	505
I. Der Familienbegriff des Art. 6 Abs. 1 GG	505
1. Die Entkoppelung von Ehe und Familie	505
2. Die Folgen für den Begriff der Familie	506
a) Der weite Familienbegriff als Indiz für ein funktionales Verständnis des Art. 6 Abs. 1 GG	506
b) Schutzbedürftigkeit oder Leistungsfähigkeit der Familie?	507
c) Das Dilemma des Familienbegriffs	508
3. Familienpolitische Zielkonflikte als Verfassungsproblem?	510
II. Das Verbot der Benachteiligung und das Gebot der Förderung der Familie in wirtschaftlicher Hinsicht	514
1. Die Berücksichtigung familiärer Belastungen als Gemeinsamkeit von Benachteiligungsverbot und Förderungsgebot	514
a) Das Benachteiligungsverbot	514
b) Das Förderungsgebot	515
c) Das gemeinsame Prinzip	515
2. Die Begründung des Berücksichtigungsgebotes	517
a) Der sozialstaatliche Ansatz	517
b) Der Schutz vor Transferausbeutung	518
c) Der Charakter dieser Begründung	521
3. Familiengerechtigkeit	522
a) Die Unterscheidung von gerechtkeitsorientierten und bevölkerungspolitischen Ansätzen	522
b) Belastungsgerechtigkeit als Schutzgut des Art. 6 Abs. 1 GG	523
c) Die Konkretisierung des Berücksichtigungsgebotes als eines Gerechtigkeitsgebotes	524
III. Die Freiheit der Gestaltung des familiären Zusammenlebens	529
1. Gestaltungsfreiheit im Ehe- und Familienleben	530
a) Das Verbot staatlicher Einwirkung	530
b) Die Voraussetzungen der Gestaltungsfreiheit	532
c) Neutralitätsgebot und Gestaltungsfreiheit	533
2. Privatheitsschutz oder Begründungsneutralität?	533
a) Die Begründung der staatlichen Zurückhaltungspflicht aus dem Schutz der Privatsphäre	533
b) Die Problematik des Privatheitsbegriffs	534
c) Der Vorrang des Neutralitätsgedankens	535
3. Die Konsequenzen für die Diskussion der Ausgestaltungsfreiheit	536
a) Der Ausschluß ethischer Leitbilder als Neutralitätsgebot	536
b) Ausgestaltungsfreiheit und Gleichberechtigung der Geschlechter	537
c) Begründungsneutralität und Ausgestaltungsfreiheit	542

C. Der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe	549
I. Begründungsschwierigkeiten des Eheschutzes	549
1. Ehe- und Familienschutz: Konkurrenz oder Ergänzung?	551
2. Die Solidaritätsfunktion der Ehe	553
3. Konsequenzen für die Konkretisierung des Verfassungsgebotes ..	556
II. Die Unauflösbarkeit der Ehe: Pluralisierung oder Minimalisierung der Scheidungsvoraussetzungen?	556
1. Vom vorgegebenen Institut zur gestaltbaren Rechtsform	556
2. Die einverständliche Scheidung	557
3. Die Scheidung der Ehe mit Kindern	560
4. Die streitige Scheidung	561
5. Fazit	564
III. Das Verhältnis der Ehe zu anderen Formen des Zusammenlebens ...	566
1. Toleranz oder Neutralität	566
a) Der freiheitsrechtliche Schutz nichtehelicher und gleichgeschlecht- licher Lebensgemeinschaften und das Toleranzmodell	566
b) Der Verzicht auf weltanschaulich aufgeladene Sittlichkeitsurteile	568
c) Die Expansionstendenz des Gebotes der Begründungsneutralität	572
2. Gleichstellungsanspruch durch Ausweitung des Ehebegriffs?	575
a) Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als Ehe?	576
b) Die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft als Ehe?	577
3. Eheschutz als Gleichstellungsverbot?	581
a) Der besondere Schutz der Ehe und die nichteheliche Lebens- gemeinschaft	582
aa) Das Verbot der Benachteiligung der Ehe	582
bb) Grund und Grenzen der Eheförderung	583
cc) Die Abgrenzung von Benachteiligungsgebot und Förderungs- gebot: Das Beispiel des Ehegattensplittings	587
dd) Symbolische Privilegierung der Ehe als Verfassungsgebot?	595
b) Der Status gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften	601
aa) Die Eingetragene Lebenspartnerschaft im Konflikt mit Art. 6 Abs. 1 GG?	602
bb) Die Eingetragene Lebenspartnerschaft als verfassungswidrige Benachteiligung sonstiger Formen des Zusammenlebens?	611
cc) Antidiskriminierungsrecht und staatliche Neutralität	614
D. Fazit	627

Dritter Teil
Fazit

<i>7. Kapitel: Die ethische Neutralität des Staates im Grundgesetz – Versuch einer Bilanz</i>	633
A. Das Gebot der Begründungsneutralität als Modell der grundgesetzlichen Neutralitätsvorstellung	633

I. Die Erklärungskraft des Gedankens der ethischen Begründungsneutralität	633
1. Der Anwendungsbereich des Neutralitätsgebotes	634
2. Das Verbot der intrinsischen Bewertung	634
3. Weitere verfassungsrechtliche und -theoretische Figuren	634
II. Die Zuordnung von Neutralitätsgebot und Trennungsprinzip	635
1. Lebensformen und Gemeinwohl	635
2. Die Berücksichtigung und Förderung partikularer Interessen	636
III. Die strukturellen Vorteile des Gebotes der Begründungsneutralität ..	637
1. Das Toleranz- als Abwägungsgebot und seine Probleme	638
2. Die Überforderung des Verfassungsrechts durch ein Gebot der Wirkungsneutralität	641
IV. Die Verfassung als Rahmenordnung	644
1. Verfassungsnormen als Konditional- oder Zweckprogramme	644
2. Grundrechtliche Freiheit und Aktualisierung der Grundrechte	645
3. Individuelle Rechte und politische Ziele	649
B. Die Dogmatik des verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebotes	652
I. Die Verankerung der Neutralitätsforderung in den Grundrechten ..	652
II. Die Integration des Neutralitätsgebotes in die grundrechtliche Dogmatik	653
1. Die Interpretation des Schutzbereiches der Grundrechte	653
2. Die Anforderungen an Grundrechtseingriffe	653
3. Das Neutralitätsgebot in der Dogmatik der Gleichheitsrechte ..	656
III. Die Parallelen zum Verhältnismäßigkeitsprinzip	657
1. Die Schutzwirkungen von Neutralitäts- und Verhältnismäßigkeitsgebot in ihrer Ergänzung	657
2. Die Ablehnung eines Prinzipiencharakters des Neutralitätsgebotes	658
3. Eigenständiges Gebot oder unselbständige Zusammenfassung? ..	661
4. Objektives Gebot oder subjektives Recht?	662
5. Die zentrale Bedeutung der Begründung staatlicher Maßnahmen ..	664
C. Anspruch und Attraktivität der liberalen Ordnung	668
I. Der „öffentliche Vernunftgebrauch“	668
II. Die Sicherung gleicher Freiheit	669
III. Auf der Suche nach Gemeinsamkeit	673
<i>Thesen</i>	679
<i>Literaturverzeichnis</i>	687
<i>Register</i>	757

Einleitung zur 2. Auflage

Das Gebot der ethischen Neutralität des Staates in der Diskussion

Wie sich Staat und Recht zu den religiös-weltanschaulichen Überzeugungen und zu den Lebensformen der Bürger verhalten sollen und ob dieses Verhältnis mit dem Neutralitätsbegriff angemessen erfasst werden kann, sind Fragen, die freiheitliche und pluralistische Gemeinwesen dauerhaft begleiten, solange sie nicht den Anspruch aufgeben, alle Bürger „als Gleiche“ zu behandeln.¹ Man wird hier schon deshalb keine endgültigen Antworten erwarten dürfen, weil sich die Umstände und Herausforderungen für den politischen und rechtlichen Umgang mit diesen Überzeugungen und Lebensformen ständig verändern und fundamentale, aber hochabstrakte Prinzipien daher immer wieder neu konkretisiert werden müssen. Perspektiven auf und Einstellungen zu dem Grundsatz der staatlichen Neutralität in ethischen Hinsichten verändern sich: Die Grundfrage bleibt, aber sie stellt sich immer wieder in einem anderen Licht.

Diese Einleitung will den Prozess der Diskussion und Konkretisierung skizzieren, wie er sich seit dem Abschluss des Manuskripts dieser Schrift im Juli 2001 entwickelt hat. Ein Anspruch auf Vollständigkeit wird dabei nicht erhoben; die Darstellung konzentriert sich zudem auf Debatten, für die die vorliegende Arbeit unmittelbar einschlägig ist und auf die sie gelegentlich auch einen gewissen Einfluss hatte.²

A. Grundlagen

I. Das Neutralitätsgebot im Lichte aktueller Entwicklungen

Blickt man auf die ungefähr 15 Jahre zurück, die seit dem Erscheinen dieser Arbeit vergangen sind, so war eine Entwicklung für die weitere Diskussion des Neutralitäts-

¹ Zu diesem Begriff und der hinter der Neutralitätsforderung stehenden Gleichheitsidee vgl. unten S. 80 ff.

² An juristischen Rezensionen zu dieser Schrift vgl. *Helmut Goerlich*, JZ 2003, S. 300 f.; *Gerd Roellecke*, DÖV 2003, S. 514 f.; *Christian Starck*, AöR 131 (2006), S. 145 ff.; *Georg Neureither*, NVwZ 2003, S. 966; *Dieter Hömig*, ARSP 90 (2004), S. 117 f.; *Werner Heun*, ZevKR 49 (2004), S. 675 ff. Zu weiteren Besprechungen vgl. *Ruth Zimmerling*, Polit. Vierteljahresschrift 44 (2003), S. 605 ff.; *Silvia Niccolai*, Rivista Critica del Diritto Privato 2003, S. 579 ff.; *Christian Polke*, Theolog. Lit.zeitung 133 (2008), S. 1269 f.; *Robert Chr. van Ooyen*, Politik und Verfassung, Wiesbaden 2006, S. 81 f. Vgl. auch *Reinhard Zimmermann*, Die juristischen Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung, NJW 2003, S. 3315, 3316 f. (Kurzfassung in JZ 2003, S. 1163).

tätsgebots ganz prägend: die Anschläge des 11. September 2001 und die sich daran anschließenden und bis heute andauernden Bemühungen, einen religiösen oder zumindest religiös aufgeladenen Fundamentalismus und Terrorismus in den Griff zu bekommen. „9/11“ hat den Blick auf die politische und rechtliche Bedeutung der Religion und damit des Kernbestandteils dessen, worauf sich die Forderung nach ethischer Neutralität des Staates bezieht, verändert.

Dabei ist dieser Einfluss auf die Neutralitätsdiskussion durchaus ambivalent. Auf der einen Seite hat „9/11“ verdeutlicht, dass religiöse Überzeugungen und Gruppierungen politisch wirkungsmächtige Faktoren sind, die von Staat und Recht nicht ignoriert werden können. Diese „Rückkehr der Religion“ auf die politische Bühne, die die weithin säkularisierten westlichen Gesellschaften recht unvorbereitet getroffen hat,³ hat ersichtlich zu einer ungeheuren Intensivierung des politischen und wissenschaftlichen Diskurses über Religion geführt.⁴ Man könnte vermuten, dass in diesem Zusammenhang auch das Gebot der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates an Aufmerksamkeit gewonnen hätte. Dies war und ist aber nur sehr begrenzt der Fall. Die durch „9/11“ ausgelösten politischen und sozialen Entwicklungen und insoweit insbesondere die Flucht- und Migrationsbewegungen haben zwar erneut die Notwendigkeit bewiesen, über das geordnete Zusammenleben unterschiedlicher religiös-weltanschaulicher Überzeugungen und Lebensformen in freiheitlichen Ordnungen nachzudenken; gleichzeitig haben diese Ereignisse das Interesse an Religion und ihrer politischen Relevanz nicht nur gestärkt, sondern auf der anderen Seite auch grundlegend verschoben: Plötzlich hatte man es nicht mehr nur mit religiös-weltanschaulichen Überzeugungen und Lebensformen zu tun, die sich auf universalistische Prinzipien berufen, um für ihre Gleichberechtigung in einer liberalen Ordnung zu streiten, sondern vor allem mit einem Fundamentalismus, der diese Prinzipien und diese Ordnung von vornherein ablehnt und aggressiv bekämpft. Die (welt-)politi-

³ Obgleich die Säkularisierungsthese schon zuvor angezweifelt worden war, vgl. insbesondere *José Casanova*, *Public Religions in the Modern World*, Chicago 1994. Zur weiteren Diskussion vgl. *nur Karl Gabriell/Christel Gärtner/Detlef Pollack* (Hrsg.), *Umstrittene Säkularisierung. Soziologische und historische Analysen zur Differenzierung von Religion und Politik*, Berlin 2012; *Hans Joas/Klaus Wiegandt* (Hrsg.), *Säkularisierung und die Weltreligionen*, Frankfurt 2007; *Detlef Pollack*, *Säkularisierung – ein moderner Mythos?*, Tübingen 2003; *ders.* (Hrsg.), *Peter L. Berger: Nach dem Niedergang der Säkularisierungstheorie*, Münster 2013.

⁴ Es ist hier nicht der Ort, den Verlauf dieser Debatte nachzuzeichnen. Aus ihr vgl. *nur Friedrich Wilhelm Graf*, *Die Wiederkehr der Götter. Religion in der modernen Kultur*, München 2004; *Gottfried Küenzlen*, *Die Wiederkehr der Religion. Lage und Schicksal in der säkularen Moderne*, München 2003; *Martin Riesebrodt*, *Die Rückkehr der Religionen. Fundamentalismus und der „Kampf der Kulturen“*, 2. Aufl., München 2001. Nicht verschwiegen werden soll auch, dass – vielleicht nicht zuletzt als Reaktion auf die geschilderte Entwicklung – die lange Zeit aus der Mode gekommene Religionskritik – jetzt häufig mit naturwissenschaftlichen Vorzeichen – wieder an Bedeutung gewonnen hat („neuer Atheismus“); vgl. etwa *Richard Dawkins*, *Der Gotteswahn*, 6. Aufl., Berlin 2008; *Daniel C. Dennett*, *Den Bann brechen. Religion als natürliches Phänomen*, Frankfurt 2008; *Sam Harris*, *Das Ende des Glaubens. Religion, Terror und das Licht der Vernunft*, Winterthur 2007; *Christopher Hitchens*, *Der Herr ist kein Hirte – Wie Religion die Welt vergiftet*, München 2007; *Michel Onfray*, *Wir brauchen keinen Gott. Warum man jetzt Atheist sein muss*, München 2006; *Michael Schmidt-Salomon*, *Manifest des Evolutionären Humanismus. Plädoyer für eine zeitgemäße Leitkultur*, 2. Aufl., Aschaffenburg 2006.

schen Entwicklungen und der „Postsäkularismus“⁵ haben die Diskussion auf diese Weise auf ein normatives Gebiet zurückgeführt, auf dem die freiheitliche Ordnung und ihr Recht sich gewiss nicht neutral verhalten können und sollen.⁶ Es geht dann nicht mehr um die Frage, was Freiheit, Gleichheit und staatliche Neutralität bedeuten, sondern um die vorgelagerte Frage, ob diese Prinzipien überhaupt Geltung beanspruchen und wie sie sich gegen ihre Gegner verteidigen lassen. Was etwa aus der Religionsfreiheit folgt, lässt sich nicht sinnvoll mit jemandem erörtern, der diese Freiheit und die mit ihr verbundenen Ordnungsvorstellungen gar nicht anerkennt und sogar gewaltsam gegen sie vorgeht. In gewisser Weise ist die Diskussion damit auf einen früheren Stand zurückgeworfen oder – aus einer anderen, dem liberalen Ordnungsmodell skeptischer gegenüberstehenden Position formuliert – von einigen Illusionen befreit worden.⁷ Jedenfalls hat sich die Sicht auf die Dinge verändert.

II. Das Neutralitätsgebot in der politischen Philosophie

1. Von der Entfaltung zur Selbstvergewisserung freiheitlicher Ordnung

Am deutlichsten war und ist dieser Perspektivenwechsel in der politischen Philosophie zu beobachten. Es ist nicht so, dass über das Gebot der ethischen Neutralität und dessen Konkretisierung nicht weiter diskutiert worden wäre.⁸ Auch der Ansatz des politischen Liberalismus, der als Hintergrundtheorie für das Prinzip der Begrün-

⁵ Begriffsprägend *Jürgen Habermas*, *Glauben und Wissen*, Frankfurt 2001, S. 12. Zur Diskussion vgl. jetzt die Beiträge in *Matthias Lutz-Bachmann* (Hrsg.), *Postsäkularismus. Zur Diskussion eines umstrittenen Begriffs*, Frankfurt/New York 2015.

⁶ Zur unvermeidlichen Selektivität des Neutralitätsgebots vgl. unten S. 112 ff. Überraschenderweise ist dieser Schrift trotz der in juristischen Kontexten gewöhnungsbedürftigen hiesigen Verwendung des Begriffs des Ethischen (vgl. jetzt aber auch etwa *Horst Dreier*, *Bioethik. Politik und Verfassung*, Tübingen 2013, S. 16; *Uwe Volkmann*, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 2013, S. 22 ff.) nur sehr selten eine – in der Sache ganz abwegige – Position der Neutralität gegenüber allen normativen Grundsätzen unterstellt worden. Im philosophischen Sprachgebrauch ist die Begrifflichkeit nicht unüblich (vgl. unten S. 6); die Begriffskombination „ethische Neutralität“ hat im hier gemeinten Sinne – dies zur Anfrage von *Friedrich Wilhelm Graf*, Einleitung, in: ders./Heinrich Meier (Hrsg.), *Politik und Religion. Zur Diagnose der Gegenwart*, München 2013, S. 7, 27 – wohl zuerst *Rainer Forst*, *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt 1994, S. 55 ff. (zur „ethischen Neutralität des Rechts“), gebraucht. Andere Verwendung des Begriffs etwa bei *Wilhelm Vossenkuhl*, *Die Möglichkeit des Guten. Ethik im 21. Jahrhundert*, München 2006, S. 135 ff.

⁷ Vgl. etwa *Otto Depenbeuer*, *Zwischen Neutralität und Selbstbehauptung. Die politische Meinung Nr. 415* (2004), S. 25 ff.; und – aus ganz anderer Perspektive – *Regina Kreide*, *Die liberale Sprachlosigkeit*, Mittelweg 36, 2/2016, S. 36 ff.

⁸ Vgl. etwa *Frank Dietrich*, *Von der weltanschaulichen zur kulturellen Neutralität des Staates?*, ARSP 2004, S. 1 ff.; *Karsten Fischer*, *Religionspolitische Governance im weltanschaulich neutralen Verfassungsstaat: Eine Problemskizze*, in: Andreas Voßkuhle/Christian Bumke/Florian Meinel (Hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen* (Beiheft 21 zu „Der Staat“), Berlin 2013, S. 125 ff.; *Rainer Forst*, *Toleranz im Konflikt. Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs*, Frankfurt 2003, S. 675 ff.; *Leni Franken*, *Liberal Neutrality and State Support for Religion*, Zürich 2016; *Gerald Gaus*, *The Moral Foundations of Liberal Neutrality*, in: Thomas Christiano/John Christman (Hrsg.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Oxford 2009, S. 81 ff.; *Thomas Gutmann*, *Religiöser Pluralismus und libe-*

dungsneutralität fungiert, ist weiter entfaltet und debattiert worden.⁹ Insgesamt aber ist die Auseinandersetzung zwischen liberalen, kommunitaristischen und multikulturalistischen Positionen, die lange Zeit prominent geführt wurde und um das Selbstverständnis liberaler Gemeinwesen kreiste,¹⁰ gegenüber einem anderen Diskurs in den Hintergrund getreten, in dem die liberalen Grundsätze und Grundrechte sowohl gegenüber religiös-fundamentalistischen Anfechtungen und Bedrohungen als auch den darauf reagierenden populistischen Verhärtungen erneut verteidigt und bestärkt werden mussten.

2. Neutralität und Toleranz

Wohl nicht zuletzt aufgrund der Fassungslosigkeit, mit der man beobachten musste, wie unduldsam und aggressiv religiöse oder jedenfalls religiös legitimierte Ideologien

raler Verfassungsstaat, in: Karl Gabriel/Christian Spieß/Katja Winkler (Hrsg.), Modelle des religiösen Pluralismus – Historische, religionssoziologische und religionspolitische Perspektiven, Paderborn 2012, S. 291 ff.; János Kis, State Neutrality, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, New York 2012, S. 318 ff.; S. George Klosko/Steven Wall (Hrsg.), Perfectionism and Neutrality. Essays in Liberal Theory, Oxford 2003; Charles Larmore, Political Liberalism. Its Motivations and Goals, in: Sobel u. a., a. a. O., S. 63 ff.; Steven A. Lecce, Contractualism and Liberal Neutrality: A Defence, Political Studies 51 (2003), S. 524 ff.; ders., Against Perfectionism: Defending Liberal Neutrality, Toronto 2008; Jocelyn Macclure/Charles Taylor, Laizität und Gewissensfreiheit, Berlin 2011, S. 17 ff. und passim; Peter de Marneffe, The Slipperiness of Neutrality, Social Theory and Practice 32 (2006), S. 17 ff.; Eric Nelson, From Primary Goods to Capabilities. Distributive Justice and the Problem of Neutrality, Political Theory 36 (2008), S. 93 ff.; Martha C. Nussbaum, Perfectionist Liberalism and Political Liberalism, PPA 39 (2011), S. 3 ff.; Alan Patten, Liberal Neutrality: A Reinterpretation and Defense, Journal of Political Philosophy, 20 (2012), S. 249 ff.; Jonathan Quong, Liberalism without Perfectionism, Oxford 2011; Walter E. Schaller, Is Liberal Neutrality Insufficiently Egalitarian?, JoPh 2004, S. 639 ff.; Danny Scoccia, Neutrality, Scepticism, and the Fanatic, Social Theory and Practice 32 (2006), S. 35 ff.; Jonathan Seglow, Neutrality and Equal Respect: On Charles Larmore's Theory of Political Liberalism, The Journal of Value Inquiry 37 (2003), S. 83 ff.; Robert Westmoreland, Realizing „Political“ Neutrality, Law and Philosophy 30 (2011), S. 541 ff. Zum liberalen Neutralitätsprinzip vgl. auch – kritisch – Rabel Jaeggi, Kritik von Lebensformen, Berlin 2014, S. 30 ff.

⁹ Vgl. etwa Derek Bell, How can Political Liberals be Environmentalists?, Political Studies 50 (2002), S. 703 ff.; Dale Dorsey, Political Liberalism, Political Independence, and Moral Authority, in: David Sobel u. a. (Hrsg.), Oxford Studies in Political Philosophy, Bd. 1, Oxford 2015, S. 89 ff.; Christie Hartley/Lori Watson, Political Liberalism, Marriage and the Family, Law and Philosophy 31 (2012), S. 195 ff.; Kai Hauke, Liberalismus – metaphysisch und politisch, ARSP 2005, S. 49 ff.; Otfried Höffe (Hrsg.), John Rawls: Politischer Liberalismus, Berlin 2015; Christoph Horn, Liberalismus und Perfektionismus – ein unversöhnlicher Gegensatz?, in: Rolf Geiger/Nico Scarano/Jean Ch. Merle (Hrsg.): Modelle Politischer Philosophie, Paderborn 2003, S. 219 ff.; Wolfgang Kersting, Gerechtigkeit und öffentliche Vernunft. Über John Rawls' Politischen Liberalismus, Paderborn 2006; Simon Cabulea May, Religious Democracy and the Liberal Principle of Legitimacy, PPA 37 (2009), S. 136 ff.; Japa Pallikkathayil, Neither Perfectionism nor Political Liberalism, PPA 44 (2016), S. 171 ff.; Michael J. Sandel, Moral und Politik. Gedanken zu einer gerechten Gesellschaft, Berlin 2015, S. 280 ff.; Christian Schwabe, Tugenden der Parteilichkeit. Das Ethos des Liberalismus und die Versuchung der Neutralität, Sinn und Form 58 (2006), S. 630 ff.; Paul Weithman, Why Political Liberalism? On John Rawls's Political Turn, Oxford 2010; ders., Rawls, Political Liberalism, and Reasonable Faith, New York 2016.

¹⁰ Vgl. unten S. 23 ff.

und ihre Anhänger auf Kritik und auf andere Überzeugungen und Lebensformen reagieren, hat der verwandte Begriff der Toleranz eine erstaunliche Renaissance in der politischen Philosophie erlebt.¹¹ Lange Zeit schien die Tugend der Toleranz in Gesellschaften, in denen sich die ethischen Konflikte in Grenzen hielten, keine besondere Relevanz mehr zu besitzen. Nun wurde aber deutlich, dass es sich um eine recht anspruchsvolle Haltung handelt, zu der nicht jedermann bereit oder fähig ist und die daher auch wieder der philosophischen Analyse und Vergewisserung bedarf.¹²

III. Das Neutralitätsgebot in der juristischen Diskussion

1. Der verfassungsrechtliche Status des Neutralitätsgebots

Die rechtswissenschaftliche – genauer: verfassungsrechtliche – Diskussion des Neutralitätsgebots hat sich zunächst erneut mit der bekannten¹³ Frage beschäftigt, ob dieses Gebot als verfassungsrechtlicher Grundsatz überhaupt existiert oder ob es allenfalls die unselbständige zusammenfassende Bezeichnung von Rechtsfolgen darstellt, die sich bereits aus anderen Verfassungsnormen ergeben.¹⁴ Diese Debatte lei-

¹¹ Dazu und zur Unterscheidung von Neutralität und Toleranz vgl. unten S. 222 ff.

¹² Vgl. etwa *Daniel Augenstein*, Tolerance and Liberal Justice, *Ratio Juris* 23 (2010), S. 437 ff.; *Myriam Bienenstock/Pierre Bühler* (Hrsg.), *Religiöse Toleranz heute – und gestern*, Freiburg 2014; *James Bohman*, Deliberative Toleration, *Political Theory* 31 (2003), S. 757 ff.; *Wendy Brown/Rainer Forst*, *The Power of Tolerance*, New York 2014; *Christoph Enders/Michael Kablo* (Hrsg.), *Toleranz als Ordnungsprinzip? Die moderne Bürgergesellschaft zwischen Offenheit und Selbstaufgabe*, Paderborn 2007; *Forst*, Toleranz im Konflikt (Fn. 8); *ders.*, „Dulden heißt beleidigen“, in: *ders.*, *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse*, Berlin 2011, S. 155 ff.; *Heiner Hastedt*, Toleranz, Stuttgart 2012; *Stefan Huster*, Toleranz als politisches Problem in der pluralistischen Gesellschaft, ARSP 2005, S. 20 ff.; *ders.*, Artikel „Toleranz (juristisch)“, in: *Evangelisches Staatslexikon*. Neuausgabe. Hrsg. v. Werner Heun/Martin Honecker/Jörg Hausteil/Martin Morlok/Joachim Wieland, Stuttgart 2006, Sp. 2465 ff.; *Matthias Kaufmann*, Toleranz ohne Indifferenz – Integration und die Rückseite der Akzeptanz, ARSP 2005, S. 36 ff.; *Peter Königs*, Die Idee der Toleranz, ZfpfF 70 (2016), S. 424 ff.; *Achim Lohmar*, Was ist eigentlich Toleranz?, ZfpfF 64 (2010), S. 1 ff.; *Matthias Mahlmann*, Religiöse Toleranz und praktische Vernunft, ARSP 2005, S. 1 ff.; *Martha Nussbaum*, *Die neue religiöse Intoleranz. Ein Ausweg aus der Politik der Angst*, Darmstadt 2014; *Christian Starck* (Hrsg.), *Wo hört die Toleranz auf?*, Göttingen 2006.

¹³ Vgl. unten S. 40 ff.

¹⁴ Zur weiteren Diskussion des verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebots, weitgehend bezogen auf die traditionelle religiös-weltanschauliche Dimension im engeren Sinne, vgl. *Daniel Ammann*, *Medizinethik und medizinethische Expertengremien im Licht des öffentlichen Rechts. Ein Beitrag zur Lösung von Unsicherheiten im gesellschaftlichen Umgang mit lebenswissenschaftlichen Fragestellungen aus rechtswissenschaftlicher Perspektive*, Berlin 2012, S. 567 ff.; *Carsten Bäcker*, *Staat, Kirche und Wissenschaft. Theologische Fakultäten und das Neutralitätsgebot*, *Der Staat* 48 (2009), S. 327 ff.; *Elmar Wolfgang Walter Busse*, *Das Prinzip staatlicher Neutralität und die Freiheit der Religionsausübung. Eine Analyse der Rechtsprechung zum ethisch-religiösen Neutralitätsgebot*, Frankfurt 2013; *Gerhard Czermak*, *Religions- und Weltanschauungsrecht*, Berlin/Heidelberg 2008, S. 75 ff.; *Udo Di Fabio*, „Begegnung mit dem Absoluten“, *FAZ* v. 22. 12. 2016, S. 6; *Horst Dreier*, *Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates*, Tübingen 2013, insbes. S. 25 ff.; *ders.*, „Unter dem Kreuz?“, *FAZ* v. 12. 12. 2016, S. 6; *Michael Droege*, *Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat*, Berlin 2004, S. 376 ff.; *Thomas Fritsche*, *Der Kulturbegriff im Religionsverfassungsrecht*, Berlin 2015, S. 158 ff.; *Klaus Ferdinand Gärditz*, *Säkularität und Verfassung*, in: *Otto Depenheuer/*

det – worauf bereits in dieser Schrift hingewiesen wurde¹⁵ – darunter, dass ihr Sinn reichlich unklar ist: Selbstverständlich geht es immer um Rechtsfolgen, die sich aus den Normen des Grundgesetzes ergeben; ein davon in irgendeinem Sinne unabhängi-

Christian Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen 2010, S. 153 ff.; *Flavia Hauschild*, Die Christlichkeit der Schulen. Die Bayerische Schule und ihr Umgang mit Religion, Frankfurt 2010, S. 28 ff.; *Hans Michael Heinig*, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität, JZ 2009, 1136 ff.; *Werner Heun*, Medizinethische Pluralität im Spiegel des Verfassungsrechts, in: Susanne Michl/Thomas Potthast/Urban Wiesing (Hrsg.), *Pluralität in der Medizin. Werte – Methoden – Theorien*, Freiburg/München 2008, S. 45, 46 ff.; *ders.*, Trennung, Neutralität oder Gleichheit?, in: Martin Honecker (Hrsg.), *Gleichheit der Religionen im Grundgesetz?*, 2011, S. 50 ff.; *Christian Hillgruber*, Staat und Religion, Paderborn u. a. 2007, S. 47 ff.; *Frank Holzke*, Die „Neutralität“ des Staates in Fragen der Religion und Weltanschauung, NVwZ 2002, S. 903 ff.; *Stefan Huster*, Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Grenzen, Berlin 2004; *ders.*, Die Bedeutung des Neutralitätsgebotes für die verfassungstheoretische und verfassungsrechtliche Einordnung des Religionsrechts, in: Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hrsg.), *Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit*, Tübingen 2007, S. 107 ff.; *ders.*, Neutralität ohne Inhalt, JZ 2010, S. 354 ff.; *ders.*, Das Prinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Dogmatik, in: Julian Krüper/Heike Merten/Martin Morlok (Hrsg.), *An den Grenzen der Rechtsdogmatik*, Tübingen 2010, S. 5, 19 ff.; *ders.*, Gleichheit statt Freiheit: Die Verschiebung der Argumentationsgewichte im Religionsverfassungsrecht unter Bedingungen des Pluralismus, in: Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hrsg.), *Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder*, Tübingen 2015, S. 203 ff.; *Matthias Jestaedt*, Recht und Religion, in: Andreas Nehring/Joachim Valentin (Hrsg.), *Religious Turns – Turning Religions. Veränderte kulturelle Diskurse – Neue religiöse Wissensformen*, Stuttgart 2008, S. 67 ff.; *Stefan Korioth/Ino Augsberg*, Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?, JZ 2010, S. 828 ff.; *Karl-Heinz Ladewig/Ino Augsberg*, Toleranz – Religion – Recht. Die Herausforderung des „neutralen“ Staates durch neue Formen von Religiosität in der postmodernen Gesellschaft, Tübingen 2007, S. 91 ff.; *dies.*, Der Mythos vom neutralen Staat, JZ 2007, S. 12 ff.; *Stefan Magen*, Neutralität und negative Religionsfreiheit im staatlich verantworteten öffentlichen Raum, in: Lothar Häberle/Johannes Hattler (Hrsg.), *Islam – Säkularismus – Religionsrecht*, Berlin/Heidelberg 2012, S. 95 ff.; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 4 Rn. 161 ff.; *ders.*, Neutralität des Staates und religiöser Radikalismus, in: Johannes Masing/Olivier Jouanin (Hrsg.), *Weltanschauliche Neutralität – Meinungsfreiheit – Sicherungsverwahrung*, Tübingen 2013, S. 3 ff.; *Markus H. Müller*, Neutralität und Parität als dogmatikleitende Rechtsprinzipien des Religionsverfassungsrechts – eine Intervention, in: Julian Krüper/Heike Merten/Martin Morlok (Hrsg.), *An den Grenzen der Rechtsdogmatik*, Tübingen 2010, S. 34 ff.; *Julia Palm*, Berechtigung und Aktualität des Böckenförde-Diktums. Eine Überprüfung vor dem Hintergrund der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates, Frankfurt 2013; *Christian Polke*, Werte und Normen im Recht, *Der Staat* 52 (2013), S. 99 ff.; *Karl Albrecht Schachtschneider*, Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam, 2. Aufl., Berlin 2011, S. 37 ff.; *Jan Philipp Schäfer*, Die religiöse Neutralität des Staates im öffentlichen Raum, *VerwArch* 2012, S. 136 ff.; *Benjamin Schrooten*, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften, Tübingen 2015, S. 18 ff.; *Dan Bastian Trapp*, Religiöse Neutralität und Rundfunkfreiheit. Drittsendungsrechte für Religionsgemeinschaften, Tübingen 2013, S. 71 ff. und passim; *Christian Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, Gutachten D zum 68. DJT, München 2010, S. 42 ff.; *ders.*, Was bedeutet religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates, in: Martin Honecker (Hrsg.), *Gleichheit der Religionen im Grundgesetz? Symposium der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste*, Paderborn u. a. 2011, S. 17 ff. Rechtsvergleichend *Claudia E. Haupt*, *Religion-State Relations in the United States and Germany. The Quest for Neutrality*, New York 2012; methodologisch gewendet bei *Bardia Razavi*, *Die liberale Vorstellung ethischer Neutralität in der richterlichen Entscheidungsfindung und -begründung. Annäherungen aus methodenrechtlicher Perspektive*, Hamburg 2016.

¹⁵ Vgl. unten S. 661 f.

ges Neutralitätsgebot kann es nicht geben. Das beantwortet aber nicht die Frage, ob es nicht gute verfassungsrechtliche Gründe dafür gibt, die Freiheits- und Gleichheitsrechte im Sinne einer ethischen Neutralitätsverpflichtung des Staates zu interpretieren: Im Interesse eines effektiven Schutzes individueller Freiheit und Gleichheit verbieten sie nicht nur – über das Verhältnismäßigkeitsgebot – „zu intensive“ Eingriffe, sondern auch Eingriffe „aus den falschen Gründen“.¹⁶

Ferner wird nicht immer ganz deutlich, ob das Neutralitätsgebot als solches oder lediglich einzelne seiner – tatsächlichen oder vermeintlichen – Rechtswirkungen abgelehnt werden. Hier sind alle Schattierungen anzutreffen: Während die Neutralität gelegentlich zwar affirmativ als Begriff herangezogen wird, dann aber Positionen vertreten werden, die mit kaum einer Vorstellung von Neutralität noch vereinbar sind, stehen andere dem Begriff eher skeptisch gegenüber, gelangen dann aber zu Rechtsauffassungen, die sich ohne den Neutralitätsgedanken schwerlich begründen lassen.¹⁷

Dieses Dilemma liegt schließlich in der Natur der Sache, weil sich – wie schon der vergleichende Blick auf den menschenrechtlichen Schutz zeigt¹⁸ – aus den Grundrechten nicht die Rechtsfolgen ableiten lassen, die einen – wie immer auch inhaltlich ausgerichteten – Toleranzstaat von einer liberalen Ordnung unterscheiden,¹⁹ wenn man nicht die zulässigen Begründungen für staatliche Freiheitseingriffe und Ungleichbehandlungen durch den Neutralitätsgedanken begrenzt. Wer der Ansicht ist, im „Nebeneinander und Gegeneinander zwischen demokratischer Gestaltung durch Mehrheiten und dem Schutz der Religionsfreiheit für Angehörige aller Religionen“ sei „für die Neutralitätsformel kein Platz“,²⁰ wird erklären müssen, warum rechtliche Privilegierungen oder Benachteiligungen bestimmter Überzeugungen und Lebensformen nicht verfassungsrechtlich zulässig sind, solange sie eine gewisse Intensität nicht überschreiten²¹ – und warum dieses Ergebnis mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben – etwa den reli-

¹⁶ Vgl. unten S. 657 ff. und dann *Stefan Huster*, Das Prinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Dogmatik, in: Julian Krüper/Heike Merten/Martin Morlok (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, Tübingen 2010, S. 5, 19 ff. Sehr ähnlich dann auch *Magen*, in: Häberle/Hattler (Fn. 14), S. 98 ff. Zur Unterscheidung dieser beiden Schutzrichtungen vgl. auch *Ronald Dworkin*, Gerechtigkeit für Igel, Berlin 2012, S. 624 ff.

¹⁷ Vgl. dazu die Diskussion zwischen *Heinig*, JZ 2009 (Fn. 14); *ders.*, Schlusswort, JZ 2010, S. 357 ff.; und *Huster*, JZ 2010 (Fn. 14).

¹⁸ Vgl. unten S. XXXVIII ff.

¹⁹ Zu dieser Unterscheidung vgl. unten S. 226 ff. und etwa *Ronald Dworkin*, Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate, Princeton 2006, S. 56 ff.

²⁰ So wenigstens erfrischend deutlich *Christoph Möllers*, Staat als Argument, Neuauf., Tübingen 2011, S. XXXIII f.; ähnlich schon *ders.*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), S. 47, 53 ff. Zu den verfassungstheoretischen Hintergrundannahmen dieser Position vgl. *ders.*, Grenzen der Ausdifferenzierung, ZevKR 59 (2014), S. 115 ff.

²¹ Sehr deutlich formuliert diesen Zusammenhang etwa *Wolfgang Huber*, Kirche und Verfassungsordnung, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 42 (2008), S. 7, 16: „Nur der religiös neutrale Staat kann die volle Religionsfreiheit verfassungsrechtlich sichern. Ein religiös gebundener Staat, der sich einer Religion gegenüber in besonderer Weise verpflichtet weiß, läuft dagegen Gefahr, diese gegenüber anderen Religionen in seinem Staatsgebiet zu privilegieren.“ Dass diese „Gefahr“ besteht, ist sicherlich richtig; unklar bleibt hier aber – und insoweit ist *Möllers*, ZevKR 59 (Fn. 20), Recht zu geben –, warum jede Privilegierung zugleich die Religionsfreiheit verletzt. Kritisch dazu auch etwa *Christian Hillgruber*, Kommentar, in: *Dreier*, Säkularisierung und Sakralität (Fn. 14), S. 119, 122 f.

gionsbezogenen Gleichheitsrechten – vereinbar ist.²² Man mag das Neutralitätsgebot als Relikt eines vordemokratischen Staatsverständnisses schmähén,²³ aber dass in Fragen von Religion, Weltanschauung und Lebensformen nicht die Mehrheit entscheidet, ist eine politische Errungenschaft, die man schon deshalb nicht leichtfertig über Bord werfen sollte, weil man mit seinen eigenen Überzeugungen und Vorstellungen des Guten auch einmal zur Minderheit gehören könnte, die dann gerade noch geduldet wird: Die staatlich propagierte und privilegierte „Leitkultur“²⁴ muss nicht notwendigerweise die eigene sein.

2. Der Kulturbegriff im Recht

Mancherlei Beziehungen zum Neutralitätsgebot haben die Debatten über die kulturellen Grundlagen des Verfassungsstaats und der freiheitlichen politischen Ordnung, die sowohl politisch („Leitkultur“) als auch juristisch und rechtsphilosophisch geführt worden sind.²⁵ Eine Verbindung ergibt sich daraus, dass der – allerdings notorisch unscharfe – Kulturbegriff regelmäßig auch Gegenstände umfasst, die hier mit dem Begriff der ethischen Überzeugungen und Lebensformen bezeichnet werden.

Nun ist gegen kulturwissenschaftliche Ansätze, die das Recht als Kulturphänomen betrachten und die kulturellen Grundlagen der Rechtsordnung analysieren, nichts einzuwenden.²⁶ Problematisch wird es, wenn aus dem Kulturbegriff oder dem – tatsächlichen oder vermeintlichen – Bedingungsverhältnis von Kultur und Recht normative und insbesondere juristische Folgerungen gezogen werden.²⁷ Dies verkennt,

²² Näher dazu unten S. XXXIX f.

²³ Vgl. Möllers, Staat als Argument (Fn. 20), S. XXXII.

²⁴ Dazu etwa Josef Isensee, Wiederentdeckung deutscher Identität. Verfassungstheoretische Anmerkungen zur Leitkultur, in: Rainer Grote u. a. (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2007, S. 55 ff.

²⁵ Vgl. etwa Karl-Peter Sommermann/Stefan Huster, Kultur im Verfassungsstaat, VVDStRL 65 (2006), S. 7 ff., 51 ff.; Kay Hailbronner, Die Bewältigung großer Migrationsbewegungen und kultureller Konflikte bei der Integration: Deutschland auf dem Weg zum multikulturellen Staat?, ZSE 2016, S. 314 ff.; sowie die Beiträge bei Horst Dreier/Eric Hilgendorf (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts (ARSP-Beiheft 113), Stuttgart 2008.

²⁶ Zu entsprechenden, in sich wiederum recht heterogenen Ansätzen aus dem deutschsprachigen Raum vgl. etwa Werner Gephart, Recht als Kultur. Zur kultursoziologischen Analyse des Rechts, Frankfurt 2006; ders. (Hrsg.), Rechtsanalyse als Kulturforschung, Frankfurt 2012; ders./Jan Christoph Suntrup (Hrsg.), Rechtsanalyse als Kulturforschung II, Frankfurt 2015; Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin 2008; Ulrich Haltern, Notwendigkeit und Umriss einer Kulturtheorie des Rechts, in: Dreier/Hilgendorf (Fn. 25), S. 193 ff.; Julian Krüper, Kulturwissenschaftliche Analyse des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Baden-Baden 2011, S. 260 ff.; Marcel Senn/Dániel Puskás (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? (ARSP-Beiheft 115), Stuttgart 2008.

²⁷ In diesem Sinne etwa Hillgruber, Staat und Religion (Fn. 14), S. 71 ff.; Paul Kirchhof, Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 39 (2005), S. 105 ff.; Kyriell-Alexander Schwarz, Das christlich-abendländische Fundament als Topos der Verfassungsinterpretation, in: FS Starck, Tübingen 2007, S. 419 ff.; und dann insbesondere Arnd Uble, Staat – Kirche – Kultur, Berlin 2004; ders., Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, Tübingen 2004 (zu Recht kritisch dazu die Besprechung von Horst Dreier, „Kultur im Singular“, SZ v. 28. 11. 2005, S. 16). In ähnli-

dass die freiheitliche Ordnung gerade nicht auf einer bestimmten – „christlich-abendländischen“ – „kulturellen Identität“ als „Voraussetzung“ von Staat oder Verfassung, sondern auf einer dezidiert politischen Legitimationsgrundlage beruht, die sich von den – in modernen Gesellschaften notwendigerweise pluralistischen – kulturellen Prägungen emanzipiert hat.²⁸ In normativen Zusammenhängen führt der Kulturbegriff daher nicht weiter.²⁹

3. Begründungs- und Wirkungsneutralität

Angesichts der unabweisbaren Regulierungsnotwendigkeiten, die durch die – auch im Gefolge von „9/11“ und den damit zusammenhängenden fundamentalistischen Tendenzen bedingte – weitere Zunahme von Konflikten mit religiös-weltanschaulichem und ethischem Bezug entstanden sind, ist die Unterscheidung von Wirkungs- und Begründungsneutralität³⁰ vielfach auf Zustimmung gestoßen. Sie macht nämlich klar, dass es nicht gegen fundamentale Prinzipien der gleichen Freiheit und der Neutralität verstößt, wenn in der freiheitlichen Ordnung auf der Einhaltung von rechtlichen Vorgaben – vom Tierschutz- bis zum Schulrecht – auch dann bestanden wird, wenn deren Auswirkungen manchen Überzeugungen und Lebensformen nicht behagen, solange die *Begründung* dieser Vorgaben nicht selbst Partei ergreift.³¹ Eine Neutralität der *Auswirkungen* des staatlichen Handelns auf alle Überzeugungen und Lebensformen zu verlangen, ist dagegen weder eine realistische noch eine attraktive Vorstellung und führt nur zu Scheinabwägungen oder staatlicher Handlungsunfähigkeit.

4. Grenzen des Strafrechts aus dem Neutralitätsgebot

Als anschlussfähig hat sich der Gedanke der Begründungsneutralität auch für die strafrechtstheoretische und -dogmatische Diskussion erwiesen. Es bestand und besteht weithin Einigkeit, dass strafrechtliche Verbote einer gesteigerten Legitimation bedürfen; daher wurde ein „moralisierendes“, nicht auf den Schutz anerkannter

che Richtung in mancherlei Hinsicht auch *Udo Di Fabio*, *Die Kultur der Freiheit*, München 2005; *Tine Stein*, *Himmlische Quellen und irdisches Recht. Religiöse Voraussetzungen des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Frankfurt 2007, S. 266 ff.; und – mit anderen theoretischen Prämissen – *Ladeur/Augsberg*, *Toleranz – Religion – Recht* (Fn. 14).

²⁸ Vgl. dazu etwa *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Der säkularisierte Staat. Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert*, München 2007; *Dreier*, *Säkularisierung und Sakralität* (Fn. 14); *Karsten Fischer*, *Die Zukunft einer Provokation. Religion im liberalen Staat*, Berlin 2009, S. 9 ff.; *Hasso Hofmann*, *Recht, Politik und Religion*, JZ 2003, S. 377 ff.; *Gerd Roellecke*, *Die Entkoppelung von Recht und Religion*, JZ 2004, S. 105 ff.

²⁹ Vgl. dazu bereits *Huster*, *VVDStRL 65* (Fn. 25), S. 75 ff.; *Fritsche*, *Der Kulturbegriff im Religionsverfassungsrecht* (Fn. 14); und jetzt vor allem *Thomas Gutmann*, *Recht als Kultur? Über die Grenzen des Kulturbegriffs als normatives Argument*, Baden-Baden 2015.

³⁰ Vgl. unten S. 98 ff.

³¹ Diesen Zusammenhang sehen sehr klar *Uwe Volkmann*, *Die Einheit der Rechtsordnung vor den Herausforderungen der Toleranz*, in: Christoph Enders/Michael Kahlo (Hrsg.), *Diversität und Toleranz*, Paderborn 2010, S. 125, 135 ff.; *Waldhoff*, *Neue Religionskonflikte* (Fn. 14), S. 45 ff.; vgl. auch *Gärditz*, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Fn. 14), S. 182 ff. Die vorgestellte Einsicht hat insbesondere die neuere Rechtsprechung zur Religion in der Schule geprägt; vgl. dazu unten S. XLIX ff.

Rechtsgüter, sondern auf die Durchsetzung einer religiös-weltanschaulich bestimmten „Sittlichkeit“ bezogenes Strafrecht schon immer besonders entschieden kritisiert.³² Das Gebot der ethischen Begründungsneutralität stellt insoweit ein verfassungsrechtliches Argument zur Verfügung, warum der freiheitliche Staat mit dem Erlass derartiger Strafnormen seine Kompetenzen überschreitet.³³

B. Anwendungen

I. Religion und Weltanschauung

1. Herausforderungen und Normalisierungstendenzen

Dass „9/11“ und die Ereignisse der folgenden Jahre – bis zum Entstehen globaler Terrornetzwerke mit religiösem Hintergrund – auch die juristische Betrachtung von Religion und Weltanschauung³⁴ beeinflusst haben, ist kaum überraschend. Es mag übertrieben sein, die Religionsfreiheit als Gefahr zu bezeichnen,³⁵ aber dass jedenfalls bestimmte religiöse Überzeugungen und Gruppierungen die freiheitliche Ordnung nicht stützen, sondern ihr fremd oder gar feindlich gegenüberstehen, ist dadurch offensichtlich geworden.³⁶

a) Privilegierung

Teilt man die religionsrechtlichen Fragen in die beiden Kategorien der Privilegierung und der Differenzberücksichtigung ein,³⁷ so könnte auf der Seite der Privilegierung der Gedanke naheliegen, dass nun diejenigen religiösen Richtungen im staatlichen Recht bevorzugt werden können oder gar müssen, die in besonderer Weise mit freiheitlichen Grundsätzen kompatibel sind. Derartige Ansätze hat es nicht nur in der rechtswissenschaftlichen Diskussion,³⁸ sondern auch in der Rechtsprechung

³² Umfassend dazu dann *Tatjana Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, Frankfurt 2008. Vgl. etwa auch *Kurt Seelmann* und *Frank Saliger*, Was schützt der liberale Rechtsstaat?, in: Ludwig Siep/Thomas Gutmann/Berhard Jakl/Michael Städtler (Hrsg.), Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, Tübingen 2012, S. 171 ff., 183 ff.

³³ Vgl. dazu etwa *Tatjana Hörnle*, Straftheorien, Tübingen 2011, S. 20; und jetzt umfassend *Bijan Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts. Zur strafrechtlichen Beobachtung religiöser Pluralisierung, Tübingen 2017 (i. E.) – eine Arbeit, die in vielerlei Hinsicht an das hier entwickelte Neutralitätskonzept anknüpft.

³⁴ Zu einem leicht zugänglichen Überblick über die Konfliktfelder vgl. jetzt *Hans Markus Heimann*, Deutschland als multireligiöser Staat. Eine Herausforderung, Frankfurt 2016.

³⁵ So der Titel des Beratungsgegenstandes bei *Ute Sacksofsky* und *Christoph Möllers*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), S. 7 ff., 47 ff. Kritisch dazu *Christian Walter*, Religiöse Freiheit als Gefahr? Eine Gegenrede, DVBl. 2008, S. 1073 ff.

³⁶ Eine erste Konsequenz dieser Einsicht war die Streichung des vereinsrechtlichen Religionsprivilegs im Jahre 2001; vgl. dazu *Lothar Michael*, Verbote von Religionsgemeinschaften, JZ 2002, S. 482 ff.

³⁷ Vgl. unten S. 127 f. Zum (Spannungs-)Verhältnis dieser beiden Perspektiven vgl. auch *Ronald Dworkin*, Religion ohne Gott, Berlin 2014, S. 111 ff.

³⁸ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 27.

durchaus gegeben, wenn etwa das Bundesverwaltungsgericht die Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an eine Religionsgemeinschaft an deren besondere Staatsloyalität binden wollte.³⁹ Im Anschluss an die dieses Ansinnen zurückweisende, den staatskirchenrechtlichen Instituten eine primär individualfreiheitsrechtliche Ausrichtung verleihenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁰ entstand eine Diskussion über eine andere Bezeichnung des gesamten Rechtsgebiets – „Religions(verfassungs)recht“ statt „Staatskirchenrecht“⁴¹ –, die man wohl als einen Prozess der Normalisierung und der Abschleifung dogmatischer Besonderheiten – auch mit Blick auf den internationalen und unionsrechtlichen Kontext – einordnen darf.

Überlegungen, weitere Rechtsformen einzuführen, die für Religionsgemeinschaften anschlussfähig sind, die sich mit den traditionellen staatskirchenrechtlichen Vorgaben schwer tun, sind bisher allerdings nicht auf fruchtbaren Boden gefallen.⁴² Ob es auf die Dauer durchzuhalten sein wird, wesentliche religiöse Richtungen von dem Gebrauch staatskirchenrechtlicher Angebote faktisch auszuschließen, weil diese sich dauerhaft als nicht passfähig erweisen, ist eine offene Frage.⁴³ Es entsteht hier nämlich ein Legitimations- und Gleichheitsproblem zweiter Ordnung, weil das deutsche Recht mit den staatskirchenrechtlichen Privilegien bereits Regelungen enthält, die in multikulturalistischer Manier partikularen Überzeugungen und Lebensformen weit entgegenkommen.⁴⁴ Strukturell macht es keinen Unterschied, ob etwa kirchliche Träger der Wohl-

³⁹ Vgl. BVerwGE 105, 117 ff.

⁴⁰ BVerfGE 102, 370 ff.; zu den Verleihungsvoraussetzungen und -verfahren vgl. dann auch noch BVerfGE 139, 321 ff. Zur Rechtsfrage vgl. insbesondere *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften. Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union, Berlin 2003; *Stefan Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, Zur Bedeutung des Art. 137 Abs. 5 WRV im Kontext des Grundgesetzes, Tübingen 2004. Kritisch zu der Entwicklung etwa *Christian Hillgruber*, Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus nach Art. 137 Abs. 5 WRV, in: Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hrsg.), Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, Tübingen 2015, S. 213 ff.

⁴¹ Schon im Titel programmatisch *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, Tübingen 2006. Zur Diskussion vgl. die Beiträge bei *Hans Michael Heinig/Christian Walter* (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit, Tübingen 2007; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2015, S. 21 ff. Zum „Religionsrecht“ vgl. *Claus Dieter Claassen*, Religionsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2015.

⁴² Vgl. *Waldhoff*, Neue Religionskonflikte (Fn. 14), S. 87 ff. Probleme ergeben sich insoweit insbesondere mit Blick auf die – politisch vielfach für sinnvoll erachtete – Einführung eines islamischen Religionsunterrichts; vgl. dazu nur *Wolfgang Bock* (Hrsg.), Islamischer Religionsunterricht? Rechtsfragen, Länderberichte, Hintergründe, 2. Aufl., Tübingen 2007; *Axel Emenet*, Verstoß die „Islamische Unterweisung“ in Nordrhein-Westfalen gegen die Verfassung?, NWVBl. 2004, S. 214 ff.; *Hans Markus Heimann*, Islamischer Religionsunterricht und Integration, Berlin u. a. 2011; *Janbernd Oebbecke*, Die rechtliche Ordnung des islamischen Religionsunterrichts in Deutschland – Stand und Perspektiven, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 49 (2016), S. 153 ff.; *Antje von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht und islamische Theologie – die Suche nach verfassungskonformen Lösungen, RdJB 2016, S. 30 ff.

⁴³ Zum Folgenden vgl. bereits *Huster*, Gleichheit statt Freiheit: Die Verschiebung der Argumentationsgewichte im Religionsverfassungsrecht unter Bedingungen des Pluralismus, in: Heinig/Walter (Fn. 40), S. 203, 217 f.

⁴⁴ Zum Begriff des Multikulturalismus vgl. unten S. 407 ff.

fahrtspflege ein eigenes, von den allgemeinen Regeln abweichendes Arbeitsrecht für sich in Anspruch nehmen wollen – was ihnen insbesondere das Bundesverfassungsgericht über eine extrem weite Auslegung des Begriffs der Verwaltung eigener Angelegenheiten in Art. 137 Abs. 3 WRV ermöglicht hat⁴⁵ – oder islamische Organisationen ein eigenes Familienrecht beanspruchen. Es ist dann nicht ganz einfach, gute und neutrale Gründe dafür zu finden, warum dem einen Begehren entsprochen wird, dem anderen aber nicht. Dieses Bedenken ändert natürlich nichts daran, dass das Staatskirchenrecht so ist, wie es ist. Es erklärt aber seine Legitimationsprobleme in einer pluralistischen Gesellschaft: Wenn es schon Sonderregelungen gibt, die zwar grundsätzlich von allen Religionsgemeinschaften in Anspruch genommen werden können, aber ersichtlich auf die traditionellen Kirchen zugeschnitten sind, fragt es sich unwillkürlich, ob nicht andere religiöse Gruppen ähnliche Sonderrechte haben müssten. Derartige Ausnahmegesetze sind gerade, weil sie religiösen Sonderbedürfnissen entgegenkommen wollen, gegenüber dem Einwand mangelnder Wirkungsneutralität sehr viel anfälliger als das allgemeine „differenzblinde“ Recht. Wer einen rechtlichen Sonderstatus für Religionsgemeinschaften befürwortet, gerät damit unweigerlich in eine juristische und rechtspolitische Neutralitäts- und Gleichheitsdiskussion.⁴⁶

b) Differenzberücksichtigung

Die Träger religiös-weltanschaulicher Überzeugungen mögen bestimmte rechtliche Vorgaben und Verpflichtungen als Beeinträchtigungen empfinden, obwohl diese Vorschriften keinen – zumindest keinen unmittelbaren – religiös-weltanschaulichen Bezug besitzen, insoweit also neutral sind. Der Konflikt entsteht hier aufgrund der (weithin unbewussten) Prägung des Rechts durch die Mehrheitskultur: Die Rechtsordnung rechnet nicht damit, dass ihre Gebote – etwa zum Besuch des schulischen Sport- und Schwimmunterrichts,⁴⁷ zu der Lektüre bestimmter Bücher in der Schule,⁴⁸ zum Tragen eines Helms auf dem Motorrad,⁴⁹ zur Beachtung der Tierschutzrechts,⁵⁰ zu beamtenrechtlichen Neutralitätspflichten,⁵¹ zu einer für die Arbeitsleistung ausreichenden Ernährung⁵² oder zur körperlichen Unversehrtheit von Kindern⁵³ – mit

⁴⁵ Vgl. zuletzt BVerfGE 137, 273 ff. Kritisch dazu etwa *Bernhard Schlink*, Die Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften, JZ 2013, S. 209 ff.

⁴⁶ Zu diesem Zusammenhang und seinen Folgen vgl. einleuchtend *Hermann Lübke*, „Das Recht der Religionen“, FAZ v. 26. 4. 2011, Nr. 96, S. 8; *ders.*, Freiheit und Pluralisierung der Religionen – Kulturelle und rechtspolitische Konsequenzen, in: *Karlies Abmeier/Michael Borchard/Mathias Riemenschneider* (Hrsg.), Religion im öffentlichen Raum, Paderborn u. a. 2013, S. 41 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu unten bei S. L ff.

⁴⁸ Auch dazu vgl. unten S. L ff.

⁴⁹ Vgl. VG Freiburg, JA 2016, S. 313 ff.; *Julia Kühn/Christina Wank*, „Helm oder Glaube“, Jura 2014, S. 94 ff.

⁵⁰ Vgl. nur BVerfGE 104, 337 ff.

⁵¹ Vgl. dazu unten bei S. XL ff.

⁵² Vgl. *Jörg-Michael Günther*, Berufssportler und das Fasten im Ramadan – Rechtsfragen und Konflikte, SpuRt 2010, S. 50 ff.

⁵³ Vgl. dazu BVerfG, NJW 2002, S. 206 f. (verweigerte Blutübertragung durch Zeugen Jehovas) und unten bei S. XLVII ff.

religiösen Verpflichtungen kollidieren, weil die traditionellen und mehrheitlich vertretenen Überzeugungen keine derartigen Verpflichtungen enthalten. In grundrechtsdogmatischer Hinsicht sind derartige mittelbare Beeinträchtigungen der religiösen Freiheit, die in der Rechtspraxis inzwischen eine größere Rolle spielen dürften als die gezielten staatlichen Zugriffe auf religiöse Sachverhalte, ebenfalls als Freiheitseingriffe zu behandeln. Soweit nun die Träger abweichender Überzeugungen unter Berufung auf ihre Grundrechte Ansprüche auf Befreiungen und Ausnahmen von den Anforderungen des staatlichen Rechts, also auf Differenzberücksichtigung geltend machen, geht es um die Frage, ob und inwieweit der Staat verpflichtet ist, religiösweltanschaulichen Besonderheiten in seiner Rechtsordnung entgegen zu kommen.⁵⁴

Dies wirft ersichtlich umso größere Probleme auf, je häufiger und weitreichender diese Ansprüche erhoben werden. Es wäre nicht überraschend, wenn die Rechtsordnung auf diese Entwicklung reagiert, indem sie den religionsfreiheitsrechtlichen Schutz zurückfährt und wieder stärker die allgemeine Geltung des Rechts – und damit einen Gleichheitsgedanken – betont. Genau diese Entwicklung ist im deutschen Religionsverfassungsrecht der letzten Jahre zu beobachten.⁵⁵ Zunächst ist es zunehmend in Frage gestellt worden, ob sich die undifferenzierte und ungewöhnlich weite Ausdehnung des Schutzbereichs des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch das BVerfG auf jede Verhaltensweise, die in irgendeinem Zusammenhang mit religiösen Gründen und Absichten steht, politisch und dogmatisch durchhalten lässt, wenn diese Überzeugungen zahlreicher und zum Teil auch intensiver und weitreichender werden.⁵⁶ Diese Entgrenzung der Ausübungsfreiheit zu einer religiös motivierten allgemeinen Handlungsfreiheit war noch nie überzeugend, ist aber in einer Situation des Pluralismus ersichtlich besonders heikel. Der Rückgriff auf Art. 136 Abs. 1 WRV als Schrankenregelung, den das Bundesverwaltungsgericht versucht hat,⁵⁷ ist dogmatisch schwerlich überzeugend;⁵⁸ die Aufnahme einer ausdrücklichen Schrankenregelung in Art. 4 GG⁵⁹ wird politisch keine Mehrheit finden. Die Konflikte des allgemeinen Rechts mit religiösen Sonderbedürfnissen müssen daher schließlich notgedrungen auf der Rechtfertigungs- und Abwägungsebene abgearbeitet werden. Und hier scheinen sich nun tatsächlich rechtspraktisch relevante Veränderungen abzuzeichnen, wenn

⁵⁴ Grundsätzlich dazu *Dieter Grimm*, Multikulturalität und Grundrechte, in: Rainer Wahl/Joachim Wieland (Hrsg.), *Das Recht des Menschen in der Welt. Kolloquium aus Anlaß des 70. Geburtstags von Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Berlin 2002, S. 135 ff. Rechtsphilosophische Analyse bei *Kevin Vallier*, *The Moral Basis of Religious Exemptions*, *Law & Philosophy* 35 (2016), S. 1 ff.

⁵⁵ Dies konstatieren auch Kritiker dieser Entwicklung; vgl. etwa *Hans Michael Heinig*, Eigenwert des Religionsverfassungsrechts, in: Thomas Vesting/Stefan Koriath (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen 2011, S. 221, 237 f.

⁵⁶ Vgl. dazu unten S. 376 ff. und aus der weiteren Diskussion etwa *Antje von Ungern-Sternberg*, Religionsfreiheit – ein ausuferndes Grundrecht?, in: Hartmut Rensen/Stefan Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 1, Berlin 2009, S. 247 ff.; *Waldhoff*, *Neue Religionskonflikte* (Fn. 14), S. 66 ff. Erhellend zum rechtsphilosophischen Hintergrund der Problematik: *Dworkin*, *Religion ohne Gott* (Fn. 37), S. 115 ff.; *ders.*, *Gerechtigkeit für Igel* (Fn. 16), S. 636 ff.

⁵⁷ Vgl. BVerwG, NJW 2001, S. 1225, 1226 f.

⁵⁸ Überzeugend *Morlok*, in: Dreier (Fn. 14), Art. 4 Rn. 124 m. w. N.

⁵⁹ So der Vorschlag bei *Sacksosfsky*, VVDStRL 68 (Fn. 35), S. 19 f.

etwa die Rechtsprechung Befreiungsansprüchen in der Schule engere Grenzen setzt.⁶⁰ In staatlichen und öffentlichen Einrichtungen trägt dazu auch eine Flexibilisierung des Neutralitätsverständnisses bei, die stärker ausgrenzende Lösungen ermöglicht.⁶¹

2. Schulkreuze im Mehrebenensystem

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 1995 zu den Schulkreuzen in den bayerischen Schulen hat das Religionsverfassungsrecht intensiv beschäftigt.⁶² Für die Rechtslage in Bayern hat die gesetzliche Widerspruchsregelung eine – bei verfassungskonformer Interpretation – vertretbare Lösung geschaffen.⁶³ Gelegentliche erneute Versuche, Kreuze in öffentlichen Einrichtungen zu installieren, sind auf der Grundlage der Entscheidung des Verfassungsgerichts gescheitert oder zumindest scharf kritisiert worden. Insgesamt hat diese Rechtsprechung einer Politik der staatlichen Parteilichkeit in Form der Anbringung religiös sinnfälliger Symbole weitgehend die Luft aus den Segeln genommen,⁶⁴ geführt werden insoweit nur noch Nachhutgefechte.⁶⁵

Eine interessante und für das Verständnis des Neutralitätsgebots lehrreiche Entwicklung hat sich dagegen auf der Ebene des europäischen Menschenrechtsschutzes ergeben.⁶⁶ Eine Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sah im Jahre 2009 die Anbringung von Schulkreuzen in italienischen Schulen als Verstoß gegen die Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK an.⁶⁷ Der argumentative Hebel war das Neutralitätsgebot: Der Staat müsse sich in der öffentlichen Bildung kon-

⁶⁰ Vgl. dazu unten S. Lff.

⁶¹ Vgl. dazu unten S. XL ff.

⁶² Vgl. unten S. 127 ff.

⁶³ Vgl. unten S. 243 ff. A. A. aber etwa *Sacksosky*, VVDStRL 68 (Fn. 35), S. 25, auf der Grundlage eines objektivrechtlichen Neutralitätsgebots; ein derartiges, gegenüber dem individuellen Grundrechtsschutz verselbständigt Gebot wird hier gerade nicht vertreten.

⁶⁴ Auch die immer wiederkehrenden Diskussionen über religiöse Bezüge in den Verfassungspräambeln führen nicht weiter; vgl. dazu nur *Hartmut Krefß*, Kritische Anmerkungen zu einer neu angefachten Debatte, ZPR 2015, S. 152 ff.

⁶⁵ Zum Schulkreuz vgl. etwa BayVGH, NVwZ 2002, S. 1000 ff.; VG Augsburg, KirchE 46, 35 ff.; VG Augsburg, KirchE 52, 98 ff. Zum Kreuz im Sitzungssaal eines Kreistags vgl. HessVGH, NJW 2003, S. 2471 ff. Umfassende Herangehensweise nochmals bei *Christoph Böhr* (Hrsg.), Die Verfassung der Freiheit und das Sinnbild des Kreuzes, Wiesbaden 2016; vgl. auch *Hans Michael Heimig*, Gerichtliche Auseinandersetzungen um Kreuz und Kopftuch im öffentlichen Raum, ZevKR 57 (2012), S. 82 ff.; *Rudolf Streinz*, Das Kreuz im öffentlichen Raum, BayVbl. 2014, S. 421 ff.; *Christian Waldhoff*, Das Kreuz als Rechtsproblem, KuR 2011, S. 110 ff.

⁶⁶ Zum Folgenden vgl. auch bereits *Stefan Huster/Andrea Kießling*, Religionsfreiheit zwischen menschen- und grundrechtlichem Schutz, in: Falk Bornmüller/Thomas Hoffmann/Arnd Pollmann (Hrsg.), Menschenrechte und Demokratie. Georg Lohmann zum 65. Geburtstag, Freiburg/München 2013, S. 297 ff.

⁶⁷ EGMR, Urt. v. 3. 11. 2009 – 30814/06 (Lautsi), KirchE 54, S. 310 ff. Vgl. dazu *Ino Augsberg/Kai Engelbrecht*, Staatlicher Gebrauch religiöser Symbole im Licht der Europäischen Menschenrechtskonvention, JZ 2010, S. 450 ff.; *Lothar Häberle*, Zwei konträre Entscheidungen desselben Gerichts zu einem italienischen Schulkreuz-Fall, in: ders./Johannes Hattler (Hrsg.), Islam – Säkularismus – Religionsrecht, Berlin/Heidelberg 2012, S. 121 ff.; *Fabian Michl*, *Cedit crux?* – Das Kruzifix-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Jura 2010, S. 690 ff.

fessionell neutral verhalten. Die Schwäche dieser Entscheidung bestand darin, dass der Gerichtshof eine staatliche Neutralitätspflicht nur aus der Religionsfreiheit selbst ableiten kann; sonstige Anhaltspunkte zum Verhältnis von Staat und Religion sind in der EMRK nicht zu finden. Die staatliche Neutralität ist zwar in der Rechtsprechung immer wieder betont worden,⁶⁸ aber die weitere Entwicklung des Rechtsstreits zeigte dann, dass dieses „nackte“ Gebot eigenartig unbestimmt und vage bleibt: Als sich nämlich nun auf Antrag Italiens die Große Kammer des Gerichtshof mit dem Fall befassete, gelangte sie zum gegenteiligen Ergebnis.⁶⁹ Was kann man daraus – jenseits der nicht immer besonders durchsichtigen Dogmatik zum Ermessensspielraum der Konventionsstaaten, die das Ergebnis letztlich tragen muss – über das Neutralitätsgebot lernen? Warum kommt der Gerichtshof – und zwar ganz zu Recht – zu einer anderen Beurteilung als das Bundesverfassungsgericht?

Der tiefere Grund dafür dürfte darin liegen, dass die Neutralitätsfrage durch die Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK unterdeterminiert ist. Der menschenrechtliche Mindestschutz verhindert zu intensive Eingriffe in die Religionsfreiheit – etwa eine aggressive Missionierung in der öffentlichen Schule –, lässt es aber zu, dass eine mehrheitskulturelle und -religiöse Tradition besonders hervorgehoben wird, solange Andersdenkende nicht massiv bedrängt werden. Das ist dann aber ersichtlich etwas anderes als eine neutrale politische Ordnung, die – ob positiv-integrierend oder negativ-ausgrenzend⁷⁰ – alle religiösen Überzeugungen und Gemeinschaften gleichbehandelt. Nicht nur die institutionellen Regelungen des Staatskirchenrechts, sondern auch die am Selbstverständnis des Gemeinwesens orientierte Entscheidung zwischen strikt neutralen und lediglich toleranten Ordnungsmodellen fällt somit in den Ermessensspielraum der Konventionsstaaten. Dementsprechend geht es in der Entscheidung der Großen Kammer letztlich auch nicht um die – kaum zu bestreitende – Nicht-Neutralität des Schulkreuzes, sondern um die geringe Intensität der Beeinträchtigung der Religionsfreiheit durch die Verpflichtung, „unter dem Kreuz zu lernen“. Auch eine eher geringfügige Beeinträchtigung kann aber parteiischen Charakter besitzen und gerade deshalb Widerspruch herausfordern. Der Gerichtshof setzt daher nicht die Idee einer strikt neutralen Ordnung durch, sondern akzeptiert auch ein Toleranzmodell, solange es die menschenrechtlichen Mindeststandards wahrt.

Ob eine politische Ordnung strikt neutral oder lediglich tolerant ist, ergibt sich also nicht allein aus dem Grund- oder Menschenrecht der Religionsfreiheit; viel-

⁶⁸ Zur Darstellung und Analyse vgl. nur *Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive (Fn. 41), S. 393 ff.

⁶⁹ EGMR, Urt. v. 18.3.2011 – 30814/06 (Lautsi), NVwZ 2011, S. 737 ff. Vgl. dazu *Leonardo Álvarez Álvarez*, Das Kruzifix in den europäischen Klassenzimmern, JöR 62 (2014), S. 287 ff.; *Rob Lamb*, When Human Rights have gone too far: Religious Tradition and Equality in Lautsi v. Italy, North Carolina Jour. of Int. Law and Comm. Regulation 2011, S. 751 ff.; *Dominic McGoldrick*, Religion in the European Public Square and in the European Public Life – Crucifixes in the Classroom?, Human Rights Law Review 2011, S. 451 ff.; *Georg Röss*, Die freiheitliche Gesellschaft und das Zeichen des Kreuzes, in: *Böhr* (Fn. 65), S. 45, 53 ff.; *Christian Walter*, Religiöse Symbole in der öffentlichen Schule – Bemerkungen zum Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Lautsi, EuGRZ 2011, S. 673 ff.

⁷⁰ Zu dieser Unterscheidung vgl. sogleich S. XL ff.

mehr ist insoweit der gesamte verfassungsrechtliche Kontext zu würdigen, in dem das Selbstverständnis eines Gemeinwesens zum Ausdruck kommt. Insoweit ist es völlig zutreffend, dass jedes Gemeinwesen selbst entscheiden kann, ob und inwieweit es sich als neutraler oder als religiöser – christlicher, islamischer, jüdischer o. ä. – Staat versteht;⁷¹ das sollte in dieser Arbeit auch gar nicht bestritten werden. Eine ganz andere Frage ist es dagegen, ob nicht das deutsche Grundgesetz in einer Vielzahl von Regelungen – vom Verbot der Staatskirche (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV) bis zu den Vorschriften gegen eine Diskriminierung aufgrund der Religion (Art. 3 Abs. 3 S. 1, 33 Abs. 3 GG) – recht klar erkennen lässt, dass wir es hierzulande mit einem in religiös-weltanschaulicher Hinsicht strikt neutralen Staat zu tun haben.⁷² Dafür spricht vieles, und allein deshalb bietet die Religionsfreiheit des Grundgesetzes in der gebotenen Neutralitätsgestützten Interpretation grundrechtlichen Schutz gegen das staatliche Schulkreuz.

3. Positive oder negative Neutralität: Das Kopftuch der Lehrerin

a) Religiöser Pluralismus und Neutralitätsmodelle

Es gehört zu den Grundthesen dieser Schrift, dass das Gebot der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates nicht mit einem Prinzip der strikten Trennung oder einem „wall of separation“ zwischen Staat und Religion sowie Religionsgemeinschaften verwechselt werden darf: Staatliche Neutralität ist im Kern ein Gleichheitsgrundsatz, der als solcher sowohl negativ-ausgrenzende als auch positiv-integrierende Lösungen zulässt.⁷³ Dabei besteht Einigkeit, dass das Grundgesetz kein laizistisches oder striktes Trennungsmodell vorgibt.⁷⁴ Umstritten ist dagegen, ob die deutsche Ver-

⁷¹ Vgl. Möllers, ZevKR 59 (Fn. 20), S. 126f.; vgl. auch ders., VVDStRL 68 (Fn. 20), S. 86f. Zu einer Verteidigung einer Politik der Wahrung kultureller Identität vgl. jetzt *Liav Orgad*, *The Cultural Defense of Nations. A Liberal Theory of Majority Rights*, Oxford 2015.

⁷² So jedenfalls die Verfassungsrechtsprechung; vgl. zuletzt BVerfGE 123, 148, 178: „Aus dem Grundsatz der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates, der sich aus einer Zusammenschau der Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3, Art. 140 in Verbindung mit Art. 136 Abs. 1, Abs. 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV ableiten lässt, folgt, dass der Staat auf eine am Gleichheitssatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu achten hat.“ Angesichts dieser st. Rspr. ist BVerfGE 125, 39ff., schwer nachvollziehbar, wenn dort der Sonntagsschutz des Art. 140 i. V. m. Art. 139 WRV über Art. 4 Abs. 1 GG subjektiviert und ihm aufgrund einer nicht näher erläuterten Interpretation der Verfassung als „teleologischem Sinngebilde“ in äußerst parteiischer Weise und ohne Not eine „religiös-christliche Bedeutung“ zugeschrieben wird. Anders in der Akzentuierung jetzt BVerfG v. 27. 10. 2016, Az. 1 BvR 458/10, Rn. 76: Art. 139 WRV sei „in religiöser Hinsicht bewusst neutral formuliert“ und begründe „keine Durchbrechung der weltanschaulichen Neutralität“.

⁷³ Vgl. unten S. 235 ff. und passim.

⁷⁴ Aus den zahlreichen rechtsvergleichenden, insbesondere Frankreich und die USA in den Blick nehmenden Darstellungen vgl. etwa *Haupt*, *Religion-State Relations in the United States and Germany* (Fn. 14); ferner die Übersicht bei *Axel von Campenhausen/Heinrich de Wall*, *Staatskirchenrecht. Eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland und Europa*, 4. Auf., München 2006, S. 338ff. Systematisierende Modellanalyse bei *Winfried Brugger*, *Trennung, Gleichheit, Nähe*, in: Astrid Reuter/Hans G. Kippenberg (Hrsg.), *Religionskonflikte im Verfassungsstaat*, Göttingen 2010, S. 119ff.

fassung im Gegenteil die Vorgabe einer positiv-integrierenden Neutralität enthält. Dies wird vielfach angenommen, wobei zur Begründung auf die Religionsfreiheit sowie auf die Kooperationsmöglichkeiten zwischen Staat und Religionsgemeinschaften verwiesen wird, die das Religionsverfassungsrecht – vom Religionsunterricht (Art. 7 Abs. 2 und 3 GG) bis zur Anstaltsseelsorge (Art. 140 GG i. V. m. Art. 141 WRV) – vorsieht.

Beide Argumente sind nicht über jeden Zweifel erhaben: Der grundrechtliche Ansatz über die Religionsfreiheit kann diese Frage schwerlich klären, weil auch Verfassungsordnungen, die ein striktes Trennungsmodell installieren, dieses Grundrecht enthalten.⁷⁵ Aus Art. 4 GG können sich daher allenfalls ganz schwache Begründungsanforderungen ergeben, wenn eine distanzierende, die religiöse Lebensführung etwa in staatlichen Einrichtungen begrenzende Ausgestaltung gewählt wird. Mit Blick auf die Kooperationsnormen des Grundgesetzes ist es wiederum fraglich, ob es sich bei ihnen um Sonderregelungen handelt, die gerade keine Verallgemeinerung zulassen, oder ob sie sich zu dem Gesamtbild einer obligatorischen positiven Neutralität verdichten.

Dies wird man so oder anders sehen können. Hält man eine verfassungsrechtliche Verfestigung nicht für plausibel und die Wahl zwischen den unterschiedlichen Neutralitätsmodellen daher für politisch-pragmatischer Natur, hat dies freilich einen großen Vorteil: Es verbleibt der Politik ein erheblicher Gestaltungsspielraum, um religiösen Konflikten in einer zunehmend pluralistischen Gesellschaft auch dadurch begegnen zu können, dass man die Religion in mancherlei Kontexten „vor der Tür lässt“, also ein negativ-ausgrenzendes Ordnungsmodell installiert. Denn es ist schwer zu bestreiten, dass das positive Neutralitätsmodell an Grenzen gerät, wenn diese Konflikte nach Zahl und Intensität zunehmen und zahlreiche, nicht notwendigerweise immer vertrauenswürdige Erscheinungsformen des religiös-weltanschaulichen Lebens das staatliche Entgegenkommen in Anspruch nehmen wollen.⁷⁶

b) Zur Möglichkeit eines distanzierenderen Neutralitätsverständnisses und wieder zurück

Wie bedeutsam diese Einsicht ist, haben insbesondere die Diskussionen und Rechtsverfahren zu der Frage gezeigt, ob es einer Lehrerin verboten werden darf, in der öffentlichen Schule ein islamisches Kopftuch zu tragen. Nach den ersten – uneinheitlichen – verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen⁷⁷ wurden dazu zwei diametral

⁷⁵ Anders gesagt: Nicht nur das Ob, sondern auch Wie der staatlichen Neutralität ist durch die Religionsfreiheit unterdeterminiert; zur Parallele vgl. soeben S. XXXIX f.

⁷⁶ Zu den Schwierigkeiten staatlicher Förderung von Religionsgemeinschaften in einer pluralistischen Situation vgl. BVerfGE 123, 148 ff. Dass es gegen das Neutralitätsgebot verstößt, Weltanschauungsgemeinschaften den Zugang zum Religionsunterricht zu verwehren, betont zutreffend BbgVerfG, NVwZ 2006, S. 1052 ff. – mit der Konsequenz, dass nun „auch andere Weltanschauungsgemeinschaften zuzulassen sein werden, was rechtspolitisch nicht unbedingt erstrebenswert erscheint“ (Norbert Janz, *Neuere Entwicklungen der schulischen Wertevermittlung in Brandenburg*, ZevKR 53 [2008], S. 41, 55 f.): So ist das eben mit der positiven Neutralität.

⁷⁷ Vgl. einerseits BVerwG, NJW 2002, S. 3344 ff.; VGH Mannheim, NJW 2001, S. 2899 ff.; VG Stuttgart, NVwZ 2000, S. 959 ff.; andererseits VG Lüneburg, NJW 2001, S. 767 ff.

entgegengesetzte Ansichten vertreten.⁷⁸ Das Tragen des Kopftuches sei – so hieß es auf der einen Seite – eine religiöse Bekundung, die dem Lehrpersonal in der zur religiös-weltanschaulichen Neutralität verpflichteten öffentlichen Schule nicht gestattet werden könne. Dem wurde von anderer Seite entgegengehalten, die Verweigerung der Einstellung stelle einen unverhältnismäßigen und diskriminierenden Eingriff in die Religionsfreiheit der betroffenen Bewerberinnen dar. Die Verfassung schien also den Fall zu entscheiden – nur wusste man nicht, in welche Richtung.

Auf der Grundlage des hiesigen Neutralitätsmodells sind beide Positionen nicht überzeugend.⁷⁹ Kann es wirklich sein, dass die Bewerberin einen definitiven verfassungsrechtlichen Anspruch auf das Tragen des Kopftuches besitzt, obwohl sie sich freiwillig den beamtenrechtlichen Pflichten unterworfen hat und obwohl es durchaus denkbar ist, dass das Kopftuch in bestimmten Konstellationen zu erheblichen Konflikten und Spannungen in der Schule führen kann? Ebenso stellt sich aber umgekehrt die Frage: Kann es aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben tatsächlich zwingend

⁷⁸ Vgl. *Thorsten Anger*, Islam in der Schule, 2003, S. 246 ff.; *Johann Bader*, Darf eine muslimische Lehrerin in der Schule ein Kopftuch tragen?, VBIBW 1998, S. 361 ff.; *Michael Bertrams*, Lehrerin mit Kopftuch? Islamismus und Menschenbild des Grundgesetzes, DVBl. 2003, S. 1225 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, S. 723 ff.; *Gabriele Britz*, Das verfassungsrechtliche Dilemma doppelter Fremdheit: Islamische Bekleidungs Vorschriften für Frauen und Grundgesetz, KJ 2003, S. 95 ff.; *Anne Debus*, Der Kopftuchstreit in Baden-Württemberg, KJ 1999, S. 430 ff.; *dies.*, Machen Kleider wirklich Leute?, NVwZ 2001, S. 1355 ff.; *Helmut Goerlich*, Distanz und Neutralität im Lehrberuf, NJW 1999, S. 2929 ff.; *Christoph Goos*, Kreuzifix und Kopftuch – Anmerkungen zur Religionsfreiheit von Lehrerinnen und Lehrern, ZBR 2003, S. 221 ff.; *Ralf Halfmann*, Der Streit um die „Lehrerin mit Kopftuch“, NVwZ 2000, S. 862 ff.; *Christian Hillgruber*, Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport, JZ 1999, S. 538, 543 f.; *Norbert Janz/Sonja Rademacher*, Islam und Religionsfreiheit, NVwZ 1999, S. 706, 710 ff.; *dies.*, Das Kopftuch als religiöses Symbol oder profaner Bekleidungsgegenstand, JuS 2001, S. 440 ff.; *Bernd Jeand’Heur/Stefan Koriath*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, Stuttgart 2000, Rn. 130; *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsschutz vor staatlich aufgedrängter Ansicht, Dem Staate, was des Staates ist – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl, Berlin 1999, S. 259 ff.; *Karl-Hermann Kästner*, Religiös akzentuierte Kleidung des Lehrpersonals staatlicher Schulen, in: *ders.* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1999, S. 359 ff.; *Christine Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten. Eine Untersuchung am Beispiel des allgemeinbildenden Schulwesens in der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2001, S. 527 ff.; *Sonja Lanzerath*, Religiöse Kleidung und öffentlicher Dienst, 2003, passim; *Hans Michael Heinig/Martin Morlok*, Von Schafen und Kopftüchern, JZ 2003, S. 777, 783 ff.; *Stefan Muckel*, Gleicher Zugang zu jedem öffentlichen Amte – auch für muslimische Lehrerinnen mit Kopftuch?, in: *Heinrich de Wall/Michael Germann* (Hrsg.), Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung, Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 331 ff.; *Stefan Mückel*, Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen?, *Der Staat* 40 (2001), S. 96 ff.; *Georg Neureißher*, Kopftuch – BVerwG, NJW 2002, 3344, JuS 2003, S. 541 ff.; *Trutz Rendtorff*, Kleider machen Leute?, ZEE 43 (1999), S. 212 ff.; *Gerhard Robbers*, Religion in der öffentlichen Schule, RdJB 2003, S. 11, 16 ff.; *Johannes Rux*, Der Kopftuchstreit und kein Ende, ZAR 2002, S. 366 ff.; *ders.*, Anmerkung, DVBl. 2001, S. 1542 ff.; *Matthias Triebel*, Kopftuch und staatliche Neutralität, BayVbl. 2002, S. 624 ff.; *Rüdiger Zuck*, Nur ein Kopftuch? Die Schavan-Ludin-Debatte, NJW 1999, S. 2948 f.

⁷⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden dann *Stefan Huster*, Warum die Lehrerin (k)ein Kopftuch tragen darf. Zum Verhältnis von gesellschaftspolitischen Zielen und verfassungsrechtlicher Argumentation, in: *Peter Häberle/Martin Morlok/Vassilios Skouris* (Hrsg.), Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos, Baden-Baden 2003, S. 215 ff.

geboten sein, das Kopftuch zu verbieten? Schließlich mag es eine Reihe von guten schulpolitischen Gründen geben, die dafür sprechen, dem gesellschaftlichen Pluralismus in religiös-weltanschaulichen Fragen auch in dieser Form Eingang in die öffentliche Schule zu verschaffen. So könnte der Schulgesetzgeber etwa der Ansicht sein, dass dies dazu beitrage, die Akzeptanz der öffentlichen Schule für Kinder und Eltern islamischen Glaubens zu erhöhen und eine differenzierte Auseinandersetzung der Mehrheitskultur mit diesem Glauben anzuregen.

Die Verfassung enthält dazu keine definitive Auskunft, so dass dem Gesetzgeber die Entscheidung obliegt, wie er mit der religiösen Pluralität in der Schule verfährt. Dieser Ansicht hat sich im Jahre 2003 zunächst auch das Bundesverfassungsgericht angeschlossen und den Fall an die Landesgesetzgeber zurückgegeben. Dabei findet sich in dieser Entscheidung des Zweiten Senats eine – mit anderen Passagen des Urteils, die an die alte Formel von der durchgängigen positiven Neutralitätsvorstellung des Grundgesetzes anknüpfen, schwer zu vereinbarende,⁸⁰ aber entscheidungserhebliche – Neufassung des Neutralitätsverständnisses: Der „mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel“ könne „Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule sein“. Es stehe dem Landesgesetzgeber daher frei, auf der Grundlage schul- und integrationspolitischer Überlegungen entweder die „zunehmende religiöse Vielfalt in die Schule aufzunehmen“ oder im Gegenteil „der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine striktere und mehr als bisher distanzierende Bedeutung beizumessen und demgemäß auch durch das äußere Erscheinungsbild einer Lehrkraft vermittelte religiöse Bezüge von den Schülern grundsätzlich fern zu halten, um Konflikte mit Schülern, Eltern und anderen Lehrkräften von vornherein zu vermeiden.“⁸¹

Es hat viel Kritik erfahren, dass diese Entscheidung nicht zu einem eindeutigen verfassungsrechtlichen Ergebnis pro oder contra Kopftuch gelangt ist.⁸² Gerade dies

⁸⁰ Vgl. dazu *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Anmerkung, JZ 2004, S. 1181, 1183: „Spannungen, vielleicht auch Inkonsistenzen innerhalb desselben Urteils“.

⁸¹ BVerfGE 108, 282, 309 f.

⁸² Zu dem Urteil vgl. *Susanne Baer/Michael Wrase*, Staatliche Neutralität und Toleranz, JuS 2003, S. 1162 ff.; *Ulrich Battis/P. F. Bultmann*, Was folgt für den Gesetzgeber aus dem Kopftuchurteil des BVerfG?, JZ 2004, S. 581 ff.; *Axel v. Campenhausen*, The German Headscarf Debate, Brigham Young Univ. LR 2 (2004), S. 665 ff.; *Gerhard Czermak*, Kopftuch, Neutralität und Ideologie – Das Kopftuch-Urteil des BVerfG im ideologischen Streit, NVwZ 2004, S. 943 ff.; *Felix Ekardt*, Weder Leitkultur noch multikultureller Relativismus, KJ 2005, S. 248 ff.; *Klaus Engelken*, Nach dem Kopftuchurteil des Bundesverfassungsgerichts, BayVbl. 2004, S. 97 ff.; *ders.*, Schulgesetzregelungen der Länder zum Kopftuch, 2004; *Walter Frenz*, Verdrehte Religionsfreiheit?, DÖV 2007, S. 690 ff.; *Christoph Gusy*, Kopftuch – Laizismus – Neutralität, KritV 2003, S. 153 ff.; *Stefan Huster*, Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Grenzen (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin Heft 176), Berlin 2004, S. 18 ff.; *Jörn Ipsen*, Karlsruhe locuta, causa non finita – Das BVerfG im so genannten „Kopftuch-Streit“, NVwZ 2003, S. 1210 ff.; *Karl-Hermann Kästner*, Anmerkung, JZ 2003, S. 1178 ff.; *Martin Kriele*, Säkularisierung und islamische Herausforderung, in: Stefan Brink/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), Gemeinwohl und Verantwortung. Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag, Berlin 2004, S. 103 ff.; *Julian Krüper*, Die grundrechtlichen Grenzen staatlicher Neutralität, JöR n. F. 53 (2005), S. 79 ff.; *Christine Langenfeld*, Die Diskussion um das Kopftuch verkürzt das Problem der Integration, RdJB 2004, S. 4 ff.; *Silke Ruth Laskowski*, Der Streit um das Kopftuch geht weiter, KJ 2003, S. 420 ff.;

ist aber ihr großer Vorteil, weil damit der Politik die Möglichkeit eingeräumt wird, nach den jeweiligen bundeslandspezifischen Verhältnissen zu agieren; die Bundesländer haben dann auch ganz unterschiedlich reagiert.⁸³ Allerdings kam nun der Gleichheitsgedanke des Neutralitätsgebots zum Tragen: Will man „der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine striktere und mehr als bisher distanzierende Bedeutung“ beimessen und „demgemäß auch durch das äußere Erscheinungsbild einer Lehrkraft vermittelte religiöse Bezüge von den Schülern grundsätzlich fern“ halten, muss dies für alle religiösen Bezüge gelten; eine selektive Verfahrensweise lässt das Neutralitätsgebot weder in seiner positiven noch in seiner negativen Fassung zu.

Das wollte man aber nicht überall einsehen, und so führten Landesgesetze mit einer religiös-weltanschaulichen „Schlagseite“ zu rechtlichen Auseinandersetzungen⁸⁴ und schließlich erneut zum Bundesverfassungsgericht – dieses Mal zum Ersten Senat. Dessen Urteil aus dem Jahre 2015 hinterlässt einen ambivalenten Ein-

Ute Mager, Der Kopftuchstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, Religion – Staat – Gesellschaft 2004, S. 275 ff.; *Matthias Mahlmann*, Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State, German LJ 4 (2003), S. 1099 ff.; *Martin Morlok*, Der Gesetzgeber ist am Zug: Zum Kopftuchurteil des Bundesverfassungsgerichts, RdJB 2003, S. 381 ff.; *Georg Neureither*, Ein neutrales Gesetz in einem neutralen Staat, ZRP 2003, S. 465 ff.; *Johannes Rux*, Kleiderordnung, Gesetzesvorbehalt und Gemeinschaftsschule, ZAR 2004, S. 14 ff.; *ders.*, Ring frei für die nächste Runde: „Kopftuchgesetz“ in Baden-Württemberg verabschiedet, ZAR 2004, S. 188 ff.; *Ute Sackssofsky*, Die Kopftuch-Entscheidung – von der religiösen zur föderalen Vielfalt, NJW 2003, S. 3297 ff.; *Eberhard Schwerdtner*, Das Kopftuch ein Beschäftigungshindernis?, VBIBW 2004, S. 137 ff.

⁸³ Zur Diskussion vgl. *Thorsten Anger*, Was bedeutet und wie wichtig ist der „Schulfrieden“?, KritV 2005, S. 52 ff.; *Susanne Baer/Michael Wrase*, Staatliche Neutralität und Toleranz in der „christlich-abendländischen Wertewelt“, DÖV 2005, S. 243 ff.; *dies.*, Zwischen Integration und „westlicher“ Emanzipation, KritV 2006, S. 401 ff.; *Ulrich Battis/Peter Friedrich Bultmann*, Was folgt für die Gesetzgeber aus dem Kopftuchurteil des BVerfG?, JZ 2004, S. 581 ff.; *Klaus Engelken*, Kopftuchverbote nur aufgrund von Rechtsgütern mit Verfassungsrang, VBIBW 2006, S. 209 ff.; *Ilknur Öztürk*, Das Kopftuch sorgt weiterhin für Gesprächsstoff in Deutschland, DÖV 2007, S. 993 ff.; *Erich Röper*, Frau mit Kopftuch ungeeignet als Lehrerin und Beamte, VBIBW 2005, S. 81 ff.; *Corinna Sicko*, Das Kopftuch-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Umsetzung durch die Landesgesetzgeber, 2008; *Christian Traulsen*, Distanzierende Neutralität an Baden-Württembergs Schulen?, RdJB 2006, S. 116 ff.; *Andreas van der Broeck/Eva-Maria Steinberger*, Kopftuchurteil und kein Ende, RdJB 2007, S. 374 ff.; *Christian Walter/Antje von Ungern-Sternberg*, Verfassungswidrigkeit des nordrhein-westfälischen Kopftuchverbots für Lehrerinnen, DÖV 2008, S. 488 ff.; *dies.*, Landesrechtliche Kopftuchverbote für Lehrerinnen auf dem Prüfstand des Antidiskriminierungsrechts, DVBl. 2008, S. 880 ff.; *Kirsten Wiese*, Kopftuch 2007 – Status Quo und Aussichten, ZBR 2007, S. 294 ff.; *Hinnerk Wißmann*, Religiöse Symbole im öffentlichen Dienst, ZevKR 52 (2007), S. 51 ff.; *Michaela Wittinger*, Kopftuch, Kindergarten und kommunales Selbstverwaltungsrecht, VBIBW 2006, S. 169 ff. Rechtsvergleichend *Maria Pottmeyer*, Religiöse Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland und England. Staatliche Neutralität und individuelle Rechte im Rechtsvergleich, Tübingen 2011; *Michael Wrase*, Die Kontroverse um das Kopftuch der muslimischen Lehrerin – religiös-kultureller Pluralismus als Verfassungsproblem, in: Reuter/Kippenberg (Fn. 74), S. 360 ff. Aus einer rechtsphilosophischen Perspektive dazu *Bernd Ladwig*, Das islamische Kopftuch und die Gerechtigkeit, ARSP 96 (2010), S. 17 ff.; *Alexa Zellen-tin*, Der philosophische Neutralitätsbegriff und die Kopftuchdebatte, ARSP 100 (2014), S. 347 ff.

⁸⁴ Vgl. zur Rechtslage in Baden-Württemberg VG Stuttgart, NVwZ 2006, S. 1444 ff. (dazu *Johann Bader*, Gleichbehandlung von Kopftuch und Nonnenhabit?, NVwZ 2006, S. 1333 ff.); VGH BW, VBIBW 2008, S. 437 ff.; vgl. zuvor auch BVerwGE 121, 140 ff. Zur Rechtslage in Hessen vgl. HessStGH, NVwZ 2008, S. 199 ff.; zu Bayern vgl. BayVerfGH, NVwZ 2008, S. 420 ff.

druck.⁸⁵ Auf der einen Seite wird zutreffend betont, dass eine Ungleichbehandlung des Kopftuchs gegenüber „religiös konnotierten Kleidungsstücken, die von Angehörigen christlicher Bekenntnisse und solcher des Judentums getragen werden“, gegen das Verbot der Diskriminierung aufgrund der religiösen Anschauung verstößt: „Werden äußere religiöse Bekundungen durch das pädagogische Personal in der Schule untersagt, so muss dies grundsätzlich unterschiedslos geschehen.“⁸⁶ Auf der anderen Seite wendet sich das Verfassungsgericht zwar nicht ausdrücklich, aber in der Sache gegen die im ersten Kopftuch-Urteil eröffnete Möglichkeit,⁸⁷ in der Schule ein negativ-distanzierendes Neutralitätsmodell zu installieren, wenn nun eine „hinreichend konkrete Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität“ als Voraussetzung eines Verbots des Tragens eines Kopftuchs – oder anderer religiöser Symbole – aufgestellt wird.⁸⁸ Dass der Gesetzgeber zu der begründeten Einschätzung gelangt, der Schule sei generell mit einer religiös-weltanschaulichen Zurückhaltung aller Beteiligten gedient, reicht also nun nicht mehr aus.

Die zweite Kopftuch-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dürfte einen Rückschritt auf dem Weg zu einem sinnvollen rechtlichen Umgang mit dem religiös-weltanschaulichen Pluralismus darstellen.⁸⁹ In der konkreten Konstellation läuft sie

⁸⁵ BVerfGE 138, 296 ff.; im Anschluss daran vgl. jetzt auch BVerfG v. 18.10.2016, 1 BvR 354/11, zum Tragen eines Kopftuchs durch eine Erzieherin in einer kommunalen Kindertagesstätte. Zur Diskussion der Entscheidung vgl. *Daniel Enzensperger*, Verfassungsmäßigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen, NVwZ 2015, S. 871 ff.; *Claudio Franzius*, Vom Kopftuch I zum Kopftuch II, Der Staat 54 (2015), S. 435 ff.; *Hans Michael Heinig*, Ein neues Kapitel in einer unendlichen Geschichte?, RdJB 2015, S. 217 ff.; *Tonio Klein*, Das Kopftuch im Klassenzimmer: konkrete, abstrakte, gefühlte Gefahr?, DÖV 2015, S. 464 ff.; *Karl-Heinz Ladewig*, Das islamische Kopftuch in der christlichen Gemeinschaftsschule, JZ 2015, S. 633 ff.; *Christine Langenfeld*, Fängt der Streit um das Kopftuch jetzt erst an?, ZevKR 60 (2015), S. 420 ff.; *Hans-Jürgen Papier*, Zur Kopftuch-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, RdJB 2015, S. 213 ff.; *Benjamin Rusteberg*, Kopftuchverbote zur Abwehr nicht existenter Gefahren, JZ 2015, S. 637 ff.; *Ute Sacksosky*, Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, DVBl. 2015, S. 801 ff.; *Klaus Schönenbroicher*, Der Rechtsfrieden als rechtsförmlich relevantes Rechtsgut – am Beispiel der zweiten Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, VBlBW 2015, S. 329 ff.; *Markus Schulten*, Die Reaktionen der Landesgesetzgeber auf den Kopftuchbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Januar 2015, Az. 1 BvR 471/10 bzw. 1181/10, KuR 2015, S. 110 ff.; *Thomas Traub*, Abstrakte und konkrete Gefahren religiöser Symbole in öffentlichen Schulen, NJW 2015, S. 1338 ff.; *Uwe Volkemann*, Dimensionen des Kopftuchstreits, Jura 2015, S. 1083 ff.; *Heinrich Amadeus Wolff*, Anmerkung, BayVBl. 2015, S. 489 ff.

⁸⁶ BVerfGE 138, 296, 348. Zu einer anderen Interpretation und Beurteilung der einschlägigen Norm des nordrhein-westfälischen Schulgesetzes war zuvor BAGE 132, 1, 7, gelangt.

⁸⁷ Zur Frage, ob deshalb eine Divergenzvorlage an das Plenum des Gerichts nach § 16 Abs. 1 BVerfGG hätte erfolgen müssen, vgl. umfassend *Mathias Hong*, Ein Gericht oder zwei Gerichte, Der Staat 54 (2015), S. 409 ff.

⁸⁸ BVerfGE 138, 296, 342 ff.

⁸⁹ Anders jetzt auch bereits ArbG Berlin v. 14.4.2016, 58 Ca 13376/15, Rn. 95 (juris): „Es liegt deshalb im verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielraum des beklagten Landes, wenn es unter Berücksichtigung der spezifischen Situation der Großstadt Berlin das unvermeidliche Spannungsverhältnis der gegenläufigen Rechtsgüter von Verfassungsrang durch eine stärkere Gewichtung des staatlichen Erziehungsauftrags, der unter Wahrung der Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität zu erfüllen ist, sowie den Schutz des elterlichen Erziehungsrechts und der negativen Glaubensfreiheit der Schüler auflöst.“

Gefahr, den einzelnen Schulen die Regulierungsbürde aufzuerlegen und sie dadurch zu überfordern. Aus einer grundsätzlicheren Perspektive „schneidet (sie) die dringend notwendige politische und gesellschaftliche Diskussion über das Verständnis des Neutralitätsgebotes in der religiös pluralen Gesellschaft ab“ und erschwert einen „pragmatischen Umgang mit einem offenen oder eher distanzierenden Neutralitätsverständnis“,⁹⁰ den der Zweite Senat 2003 erstmals ausdrücklich ermöglicht hatte. Dessen Weichenstellung hat das Bundesverwaltungsgericht inzwischen aufgenommen;⁹¹ ob diese hilfreiche Entwicklung vor dem Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts Bestand hat, wird man abwarten müssen.⁹²

c) Kopftuch und Burka

Das nun erwogene Verbot der Burka und anderer Formen der Vollverschleierung in der Öffentlichkeit mag politisch mit der Beurteilung des Kopftuchs einer Lehrerin an einer öffentlichen Schule politisch einiges zu tun haben – in rechtlicher Hinsicht handelt es sich um eine grundlegend andere Frage.⁹³ In der Schule findet – die bleibende Einsicht der Lehre vom Sonderstatusverhältnis – eine ungleich intensivere Integration statt, so dass – wenn auch in unterschiedlicher Weise – sowohl für Lehrer als auch für Schüler geklärt werden muss, ob ein gedeihliches Zusammenleben hier eine weitgehende Zurückhaltung der religiös-weltanschaulichen Betätigung verlangt,⁹⁴ während in der gesellschaftlichen Öffentlichkeit zunächst einmal der Grundsatz gilt, dass man alles tun und äußern darf, solange die Rechte anderer nicht verletzt werden. Dass es jeweils um Bekleidungs Vorschriften und -verbote geht, ist daher eine recht äußerliche Gemeinsamkeit, die diese Fallkonstellationen – insbesondere aus Sicht der betroffe-

⁹⁰ So zu Recht *Langenfeld*, ZevKR 60 (Fn. 85), S. 432 f. Kritisch auch *Dreier*, FAZ (Fn. 14): „völlig verfehlte Logik eines hypertrophen Konkretismus subjektiver Rechtsansprüche“.

⁹¹ Vgl. dazu unten S. L.

⁹² Die gegen das „Burkini“-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. unten S. LI ff.) eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde mangels hinreichender Substantiierung nicht zur Entscheidung angenommen; vgl. BVerfG v. 8. 11. 2016, Az.: 1 BvR 3237/13.

⁹³ Aus der juristischen Diskussion vgl. *Tristan Barczak*, „Zeig mir dein Gesicht, zeig mir, wer du wirklich bist“, DÖV 2011, S. 54 ff.; *Guy Beaucamp/Jakob Beaucamp*, In dubio pro libertate, DÖV 2015, S. 174 ff.; *Bijan Fateh-Moghadam*, Religiös-weltanschauliche Neutralität und Geschlechterordnung: Strafrechtliche Burka-Verbote zwischen Paternalismus und Moralismus, in: Barbara Stollberg-Rilinger (Hrsg.), „Als Mann und Frau schuf er sie“. Religion und Geschlecht, Würzburg 2014, S. 181 ff.; *ders.*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts (Fn. 33), Teil 3 A; *Tatjana Hörnle*, Das verschleierte Gesicht – Grund für strafrechtliche Verbote?, in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main (Hrsg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt. Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen, Frankfurt 2014, S. 703 ff.; *Ingo von Münch*, Burka-Verbot: ja oder nein?, in: Utz Schliesky/Christian Ernst/Sönke E. Schulz (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg 2011, S. 47 ff.; *Benjamin Rusteberg*, Normative Selbstvergewisserung der liberalen Gesellschaft durch symbolische Gesetzgebung, in: Markus Abraham/Till Zimmermann/Sabrina Zucca-Soest (Hrsg.), Vorbedingungen des Rechts (ARSP-Beiheft Nr. 150), Stuttgart 2016, S. 217 ff.

⁹⁴ Zur Zulässigkeit des Verbots der Vollverschleierung einer Schülerin vgl. BayVGh, NVwZ 2014, S. 1109 f.; *Karl-Heinz Ladeur*, „Burkaverbot“ in der Schule – Art. 7 Abs. 1 GG als Grundlage für eine „Religionspolitik“ des Staates?, RdJB 2016, S. 379 ff.

nen Frauen – lebensweltlich verbinden mag, aber nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass die juristischen Perspektiven grundlegend anders sind.

Für Bekleidungsverbote in der allgemeinen Öffentlichkeit stellt sich insbesondere die Entscheidung zwischen positiver und negativer Neutralität nicht; vielmehr ist das Neutralitätsgebot hier für die Frage relevant, ob diesen Verboten nur eine Aversion gegen bestimmte Glaubensrichtungen zugrunde liegt oder ob sie sich auf allgemein nachvollziehbare Weise rechtfertigen lassen. Und selbst wenn sich derartige Begründungen finden lassen – etwa die Gewährleistung der „Einhaltung von Mindestanforderungen des Zusammenlebens in der Gesellschaft“⁹⁵ –, müssen diese Verbote noch verhältnismäßig sein – von Schwierigkeiten ihrer Praktikabilität und Durchsetzbarkeit sowie ihren gesellschaftlichen Auswirkungen ganz zu schweigen.

II. Das elterliche Erziehungsrecht

1. Staatliche Neutralität und elterliches Erziehungsrecht

Die Grenzen des elterlichen Erziehungsrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG waren – losgelöst von den schulrechtlichen Kontexten, in denen schulische und elterliche Erziehungsambitionen in Konflikt geraten können⁹⁶ – lange Zeit kein aufregendes juristisches Thema. Die Aktivierung des staatlichen Wächteramts zugunsten des Kindeswohls schien auf Fälle der Misshandlung und Verwahrlosung begrenzt zu sein, die mancherlei Abgrenzungsschwierigkeiten, aber keine grundsätzlichen Fragen aufwerfen. Eine Rekonstruktion der Stärke des Elternrechts über das Neutralitätsgebot, die in dieser Arbeit vorgenommen wurde,⁹⁷ mag daher wie eine Übertheoretisierung gewirkt haben.

Aber auch insoweit haben sich die Zeiten und Verhältnisse geändert. In dem Moment, in dem Eltern nicht aus Bössartigkeit, Achtlosigkeit oder Überforderung das Wohl ihrer Kinder gefährden, sondern aus ideologischen Gründen ganz bewusst zu fragwürdigen Maßnahmen der Pflege und Erziehung greifen,⁹⁸ stellt sich sehr scharf

⁹⁵ So EGMR, NJW 2014, S. 2925, 2929 ff. Vgl. dazu *Victoria Behrendt*, Die Margin of Appreciation – der Beurteilungsspielraum der konventionsstaatlichen Organe am Beispiel des Burka-Urteils, in: Matthias Klatt (Hrsg.), *Jurisdiktionskonflikte*, Baden-Baden 2015, S. 225 ff.; *Jasper Finke*, Warum das „Burka-Verbot“ gegen die EMRK verstößt, NVwZ 2010, S. 1127 ff.; *Christoph Grabenwarter/Katharina Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung – Absoluter Verbot der Gesichtsverhüllung zur Wahrung der „Minimalanforderungen des Lebens in einer Gesellschaft“?, EuGRZ 2015, S. 1 ff.; *Friedhelm Hufen*, Die Margin of Appreciation – der Beurteilungsspielraum der konventionsstaatlichen Organe am Beispiel des Burka-Urteils, KuR 2015, S. 165 ff.; *Shimo Ibold*, Bei Burka und Nikab hört die Toleranz auf – Kritische Anmerkungen zum Urteil S.A.S. v. France des EGMR vom 1. Juli 2014, KJ 2015, S. 83 ff.; *Sarah Leyli Rödiger/Dana-Sophia Valentiner*, „living together“. Zum Pluralismuskonzept des EGMR unter besonderer Berücksichtigung der Burka-Entscheidung, AVR 53 (2015), S. 360 ff.; *Armin Steinbach*, Das Tragen religiöser Symbole unter der Europäischen Menschenrechtskonvention, AVR 52 (2014), S. 407 ff.

⁹⁶ Dazu sogleich S. XLIX ff.

⁹⁷ Vgl. unten S. 250 ff.

⁹⁸ Vgl. dazu *Friederike Wapler*, Religiöse Kindererziehung: Grenzen des Rechts, RdJB 2015, S. 420, 432 ff. Zur Empirie vgl. etwa *Haci-Halil Uslucan*, Religiös ethnischer Pluralismus in den Erziehungsstilen, RdJB 2015, S. 448 ff.

die Frage, welche Grundsätze des Kindeswohls in einer liberalen Ordnung allgemein verbindlich sind.

2. Die Knabenbeschneidung als paradigmatischer Fall

Offensichtlich wurde dies im Jahre 2012 mit einem Urteil des Landgerichts Köln, das die religiös motivierte Knabenbeschneidung als eine im konkreten Fall straflose, aber grundsätzlich strafbare Körperverletzung einordnete.⁹⁹ Da sich diese Konstellation gewiss nicht allein mit strafrechtlichen Überlegungen zur Sozialadäquanz klären lässt,¹⁰⁰ stellt sich hier unmittelbar das verfassungsrechtliche Problem, nach welchen Kriterien das Kindeswohl und die Grenzen des elterlichen Sorgerechts zu bestimmen sind. Letztlich geht es dabei um die Frage, ob ein nicht völlig risikoloser körperlicher Eingriff mit Erwägungen der religiösen Zugehörigkeit und Tradition gerechtfertigt werden kann. Dies mag hier (noch) anzunehmen sein, ist aber ohne Rückgriff auf Neutralitätserwägungen kaum zu begründen: Die zugrundeliegende „Primär- und Vorrangkompetenz der Eltern“ zur Bestimmung des Kindeswohls ist „letztlich Ausdruck der Neutralitätsverpflichtung des freiheitlichen Staates.“¹⁰¹

Dieser – historisch belastete und nicht zuletzt auch deshalb durch die Einfügung des § 1631d BGB gesetzlich alsbald begradigte¹⁰² – Fall ist nicht zuletzt bemerkens-

⁹⁹ LG Köln, NJW 2012, S. 2128 ff. Zuvor bereits in diesem Sinne *Rolf Dietrich Herzberg*, Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, JZ 2009, S. 332 ff.; *Günter Jerouschek*, Beschneidung und das deutsche Recht. Historische, medizinische, psychologische und juristische Aspekte, NStZ 2008, S. 313 ff.; *Holm Putzke*, Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben. Zugleich ein Beitrag über die Grenzen der Einwilligung in Fällen der Personensorge, in: ders./Bernhard Hardtung/Tatjana Hörnle/Reinhard Merkel/Jörg Scheinfeld/Horst Schlehofer/Jürgen Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, S. 669 ff.

¹⁰⁰ Vgl. dazu *Thomas Exner*, Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung, Berlin 2011.

¹⁰¹ *Wolfram Höfling*, Die Entscheidung über die Beschneidung männlicher Kinder als Element des verfassungsrechtlichen Elternrechts, GesR 2013, S. 463, 465 mit Verweis auf diese Schrift. Zum Zusammenhang vgl. auch *Bijan Fateh-Moghadam*, Criminalizing male circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012 – No. 151 Ns 169/11, GLJ 13 (2012), S. 1131 (1142 f.); *ders.*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts (Fn. 33), Teil 3 C. Aus der – insbesondere verfassungsrechtlichen Diskussion vgl. ferner *Bijan Fateh-Moghadam*, Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, RW 2010, S. 115 ff.; *Johannes Heil/Stefan J. Kramer* (Hrsg.), Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik: Zur Debatte um das Kölner Urteil, Berlin 2012; *Tatjana Hörnle/Stefan Huster*, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen, JZ 2013, S. 328 ff.; *Josef Isensee*, Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition, JZ 2013, S. 317 ff.; *Johannes Kuntze*, Rechtsfragen zur religiösen Knabenbeschneidung, ZevKR 58 (2013), S. 47 ff.; *Kyrill-A. Schwarz*, Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung, JZ 2008, S. 1125 ff.; *Gerrit Hellmuth Stumpf*, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit ritueller Beschneidungen – Zugleich ein Beitrag zu den Vor- und Nachteilen einer gesetzlichen Regelung, DVBl. 2013, S. 141 ff.; *Friederike Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, Tübingen 2015, S. 539 ff.; *Kai Zähler*, Religionsfreiheit und fremdschädigende Praktiken, AöR 124 (2009), S. 434 ff.

¹⁰² Zur neuen Rechtslage vgl. *Christoph Enders*, Recht ist, was allgemein ist. Die gesetzliche Regelung zur Beschneidung „des männlichen Kindes“ (§ 1631d BGB), in: Jakob Nolte/Ralf Po-

wert, weil er entgegen vielfach geäußelter Vermutungen zeigt, dass die staatliche Neutralitätsverpflichtung nicht zur Zurückdrängung religiöser (Sonder-)Bedürfnisse führen muss, sondern sich auch zu ihren Gunsten auswirken kann. Insbesondere eine säkularistische Engführung des Kindeswohlverständnisses, die religiöse Bindungen als schädlich oder allenfalls „neutral“ für das Kindeswohl einordnet,¹⁰³ kann auf der Grundlage des Neutralitätsgebots zurückgewiesen werden.¹⁰⁴

III. Neutralität der öffentlichen Schule

1. Die Schule als Brennspeigel des Pluralismus

In keinem anderen Lebensbereich begegnen sich die unterschiedlichen ethischen Überzeugungen und Lebensformen so intensiv wie in der öffentlichen Schule, und nirgendwo sonst beansprucht der Staat so entschieden, auf die Orientierungen seiner (nachwachsenden) Bürger Einfluss zu nehmen. Es ist daher nicht überraschend, dass die Schule nach wie vor der Ort ist, an dem die religiös-weltanschaulichen und ethischen Konflikte am häufigsten auftreten – im Verhältnis der Bürger untereinander und im Verhältnis zu den schulischen Erziehungsambitionen.¹⁰⁵

scher/Henner Wolter (Hrsg.), Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit, Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2014, S. 291 ff.; *Michael Germann*, Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012, MedR 2013, S. 412 ff.; *Rolf Dietrich Herzberg*, Ist die Beschneidungserlaubnis (§ 1631d BGB) mit dem Grundgesetz vereinbar?, JZ 2016, S. 350 ff.; *Tatjana Hörnle*, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft. Gutachten C zum 70. DJT, München 2014, S. 45 ff.; *Andreas Manok*, Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes. Rechtslage vor und nach Inkrafttreten des § 1631d BGB unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte, Berlin 2015; *Stephan Rixen*, Das Gesetz über die Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, NJW 2013, S. 257 ff.; *ders.*, Das Beschneidungsgesetz in der Kritik: verfassungsrechtliche Legitimation, Anwendungsprobleme, Reformbedarf, Zeitschrift für medizinische Ethik 60 (2014), S. 33 ff.; *Jörg Scheinfeld*, Erläuterungen zum neuen § 1631d BGB – Beschneidung des männlichen Kindes, HRRS 2013, S. 268 ff.; *Jean Ch. Sonnekus*, Beschneidung und Unmündigkeit. Rechtsvergleichende Gedanken zu der Verfassungswidrigkeit entsprechender Eingriffe in Grundrechte; JR 2015, S. 1 ff.; *Christian Walter*, Freiheit und Verpflichtung zugleich: Die Elternverantwortung als der zentrale Maßstab für die verfassungsrechtliche Beurteilung der neuen gesetzlichen Regelung zur Beschneidung, in: Wolfgang Durner/Franz-Joseph Peine/Foroud Shirvani (Hrsg.), Freiheit und Sicherheit in Deutschland und Europa. Festschrift für Hans-Jürgen Papier zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 1 ff.; *A. Katarina Weilert*, Die Bedeutung des Kindeswohls im Rahmen der Rechtfertigung körperlicher Eingriffe, RdJB 2014, S. 381 ff.

¹⁰³ Vgl. etwa *Herzberg*, JZ 2009 (Fn. 99), S. 335 f.

¹⁰⁴ Dies hindert freilich niemanden daran, es einigermaßen deprimierend zu finden, dass es großen und traditionsreichen Religionsgemeinschaften nicht gelingt, sich von einem archaischen Ritual zu verabschieden und es durch eine andere, die körperliche Unversehrtheit nicht gefährdende Form zu ersetzen.

¹⁰⁵ Die zentral von Neutralitätsgesichtspunkten bestimmte Diskussion über das Schulfach „Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde (LER)“ in Brandenburg (vgl. unten S. 325 ff.) hat sich durch einen Vergleich vor dem Bundesverfassungsgericht weithin erledigt; vgl. BVerfGE 104, 305 ff.; 105, 235 ff.; 106, 210 ff.

Wenn der Eindruck nicht täuscht, hat der sich verschärfende Pluralismus die Einsicht befördert, dass religiös-weltanschauliche Bedürfnisse und Lebensäußerungen gelegentlich zurücktreten müssen, wenn ansonsten der Schulfriede in Gefahr geriete oder ein gemeinsames Erziehungs- und Bildungsprogramm gar nicht mehr möglich wäre. Im Grunde ist es hier wie im Straßenverkehr: Sobald der Verkehr zunimmt, zeigt das elektronische Verkehrszeichen eine Geschwindigkeitsbeschränkung an; ist die Autobahn voll, muss man sich eben gewisse Restriktionen gefallen lassen. Verfassungsdogmatisch gewendet bedeutet dies zum einen, dass Modelle einer negativ-ausgrenzenden Neutralität in diesem Sachbereich an Attraktivität gewinnen.¹⁰⁶ Zum anderen wird man Schutzbereich und Schutzwirkung des Grundrechts der Religionsfreiheit und des elterlichen Erziehungsrechts zurückhaltender bestimmen müssen. Ein Beleg dafür ist die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Beten in der Schule: Wenn die Durchführung eines Gebets zu Konflikten und Auseinandersetzungen in der Schule führt oder diese verschärft, man sich gegenseitig beschimpft, Mädchen aus dem Gebetsraum verwiesen werden und am Ende Anträge auf die Einrichtung von fünf (!) unterschiedlichen Gebetsräumen vorliegen, ist jede Schule irgendwann am Ende ihrer Möglichkeiten, so dass auch nicht unerhebliche Eingriffe in die Religionsausübungsfreiheit – wie das Verbot, schulöffentlich ein Gebet zu verrichten – gerechtfertigt sind.¹⁰⁷ Gewiss wäre es schöner, wenn hier ein „tolerantes Miteinander und wechselseitige Duldsamkeit“ eingeübt worden wären, bevor diese Konflikte eskalieren,¹⁰⁸ aber es gibt keine Garantie dafür, dass dies immer gelingt. In dieser Situation eine offensive Zurschaustellung der eigenen religiösen Überzeugung in der Schule zu verbieten, mag man als „laizistisches Schulverständnis“ kritisieren,¹⁰⁹ aber was sollen die Schulen – unter teils sehr schwierigen „multireligiösen“ Bedingungen – tun?

2. Staatlicher Erziehungsauftrag und elterliches Erziehungsrecht

Eine ähnliche Entwicklung ist in der Rechtsprechung zum Verhältnis des schulischen Erziehungsauftrags zum elterlichen Erziehungsrecht zu beobachten. Dieses Verhältnis hat das Bundesverwaltungsgericht in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 2013 zu religiös bedingten Befreiungsbegehren neu justiert und dabei insbesondere das Neutralitätsgebot als zentrale Argumentationsgrundlage entdeckt.

¹⁰⁶ Vgl. dazu anlässlich der Kopftuch-Problematik bereits oben S. XLI ff.

¹⁰⁷ BVerwGE 141, 223 ff. mit eindrucksvoller Sachverhaltsschilderung. Zuvor OVG Berl-Brdbg, NVwZ 2010, S. 1310 ff.; VG Berlin, LKV 2010, S. 42 ff. Vgl. dazu etwa *Guy Beaucamp*, Öffentliches Beten als Gefährdung des Schulfriedens?, LKV 2013, S. 537 ff.; *Christoph Enders*, Anmerkung, JZ 2012, S. 363 ff.; *Hans Michael Heinig*, Religionsfreiheit auf dem Prüfstand: Wie viel Religion verträgt die Schule?, KuR 2013, S. 8, 17 ff.; *ders.*, Religionsfreiheit im Schul- und Mitgliedschaftsrecht, ZevKR 61 (2016), S. 202, 206 ff.; *Hannah Rubin*, Das islamische Gebet in der Schule, Jura 2012, S. 718 ff.; *Jan Philipp Schäfer*, Die religiöse Neutralität des Staates im öffentlichen Raum, VerwArch 2012, S. 136, 155 ff.; *Josephine Skrzypczak/Carsten Hörich*, Verbot öffentlichen Betens in der Schule?, LKV 2012, S. 449 ff.

¹⁰⁸ Vgl. *Heinig*, ZevKR 61 (Fn. 107), S. 208.

¹⁰⁹ *Heinig*, ZevKR 61 (Fn. 107), S. 206 f.

Religiös motivierte Befreiungsansprüche in der Schule sind von der Rechtsprechung lange Zeit im Rahmen eines Gleichordnungs- und Abwägungsmodells verarbeitet worden, das konstruktiv unbefriedigend war und zu unvorhersehbaren Ergebnissen führte.¹¹⁰ Sein Hauptproblem lag darin, dass es zu einer Abwägung der staatlichen Erziehungsambitionen mit den kontingenten Erziehungsvorstellungen der Eltern genötigt war. Dies kann schon deshalb nicht funktionieren, weil man innerhalb dieses Ansatzes die Intensität und Quantität der elterlichen Bedenken gegen das schulische Erziehungsprogramm berücksichtigen müsste; gäbe es hinreichend viele und überzeugte Gegner der Evolutionstheorie, einer Erziehung zur Toleranz oder anderer sinnvoller Bildungs- und Erziehungsziele, führte dies ersichtlich zu unakzeptablen Ergebnissen. Nirgendwo bestätigt sich die Einsicht Kants, dass „in Ansehung der Glückseligkeit gar kein allgemein gültiger Grundsatz für Gesetze gegeben werden kann“,¹¹¹ so eindrucksvoll wie in diesem Kontext. Die Grenzen des staatlichen Erziehungsauftrags sind daher vielmehr objektiv anhand des Neutralitätsgebots zu bestimmen, dessen Gehalte dann über Art. 6 Abs. 2 GG geltend gemacht werden können. Staatliche und elterliche Erziehungsbefugnisse sind in der Schule also nicht gegeneinander abzuwägen, sondern voneinander abzuschichten.

In der Sache hat sich das Bundesverwaltungsgericht dieser Auffassung nun angeschlossen.¹¹² Anhand von Begehren der Befreiung vom koedukativen Schwimmunterricht („Burkini“) und von der Teilnahme an der schulischen Vorführung der Verfilmung eines Jugendbuchs („Krabat“), die bereits einige öffentliche Aufmerksamkeit gefunden hatten und von den Vorinstanzen unterschiedlich beschieden worden waren,¹¹³ wurde die Dogmatik der Befreiungsansprüche ganz neu und erheblich restriktiver aufgestellt.¹¹⁴ Die Entscheidungen setzen dabei programmatisch mit der Feststellung an, dass der Staat „das Bildungs- und Erziehungsprogramm für die

¹¹⁰ Zu Darstellung und Kritik vgl. unten S. 275 ff. sowie *Stefan Huster*, Staatliche Neutralität und schulische Erziehung. Einige Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher und sozialphilosophischer Sicht, Neue Sammlung, Vierteljahres-Zeitschrift für Erziehung und Gesellschaft 41 (2001), S. 399 ff.; *ders.*, Grundfragen staatlicher Erziehungsambitionen, in: Das erziehende Gesetz. 16. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“. Hrsg. von Eva Schumann, Berlin/New York 2014, S. 193, 195 ff.

¹¹¹ Vgl. unten S. 1.

¹¹² BVerwGE 147, 362 ff.; BVerwG, NJW 2014, S. 804 ff. Zum Folgenden vgl. auch *Stefan Huster*, Endlich: Abschtung statt Abwägung – Neues zum Verhältnis von schulischem Erziehungsauftrag und elterlichem Erziehungsrecht, DÖV 2014, 860 ff. (auch in: Institut für Bildungsforschung und Bildungsrecht e.V./Deutsches Institut für Internationale Pädagogische Forschung [Hrsg.], Zur Rechtsstellung der Eltern – heute. 3. Deutscher Schulrechtstag, Baden-Baden 2015, S. 11 ff.). Zu dieser neuen Rechtsprechung vgl. sonst auch *Heinig*, ZevKR 61 (Fn. 107), S. 209 ff.; *Karl-Heinz Ladewig*, Die „Burkini“-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts: Die Pflicht zur Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht ist mit Art. 4 Abs. 1 GG grundsätzlich vereinbar, RdJB 2014, S. 266 ff.; *Stephan Rademacher*, Wenn Religionsfreiheit auf Schulpflicht trifft, RdJB 2014, S. 270 ff.; *Arnd Uhle*, Integration durch Schule, NVwZ 2014, S. 541 ff.; *Markus Winkler*, Anmerkung, JZ 2014, S. 143 f.

¹¹³ Vgl. VG Münster, DÖV 2010, S. 449; OVG Münster, NWVBl. 2012, S. 235 ff.; HessVGH, NVwZ 2013, S. 159 ff.

¹¹⁴ Zum Problem vgl. jetzt auch EGMR v. 10.1.2017, Az.: 29086/12.

Schule grundsätzlich unabhängig von den Wünschen der beteiligten Schüler und ihrer Eltern anhand eigener inhaltlicher Vorstellungen“ bestimmen könne.¹¹⁵ Diese „Unabhängigkeit“ sei geboten, weil die Schule ansonsten „durch kollidierende Erziehungsansprüche Einzelner und grundrechtliche Vetopositionen vielfach blockiert“ wäre.¹¹⁶ Schulische Erziehungsmaßnahmen seien danach zulässig, soweit sie den Geboten der Neutralität und Toleranz genügen, „insbesondere jede Beeinflussung oder gar Agitation im Dienste einer bestimmten religiös-weltanschaulichen Richtung (...) unterlassen“. Ist diese Voraussetzung gegeben, seien von den betroffenen Eltern und Schülern „in einem bestimmten Umfang Beeinträchtigungen ihrer religiösen Überzeugungen (bzw. Erziehungsvorstellungen) als typische, von der Verfassung von vornherein einberechnete Begleiterscheinungen des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags (...) hinzunehmen“. ¹¹⁷ Ein Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht oder die Glaubensfreiheit der Schüler liegt also insoweit gar nicht vor; dementsprechend bedürfe es dann auch keiner Abwägung.¹¹⁸ In der Sache vertritt das Bundesverwaltungsgericht damit nun ein Absichtungsmodell auf der Grundlage des Prinzips der Begründungsneutralität: Die schulischen Erziehungsmaßnahmen sind von den Wünschen der Eltern und Schüler grundsätzlich unabhängig und unterliegen nur den Grenzen des Neutralitätsgebots. Soweit die Schule sich in diesen Grenzen hält, liegt nicht einmal ein Grundrechtseingriff vor. Nachteilige Auswirkungen auf einzelne Überzeugungen und Lebensformen sind als „von vornherein einberechnete Begleiterscheinungen des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags“ grundrechtlich unbeachtlich; dies reformuliert den Gedanken, dass es auf eine Auswirkungsneutralität nicht ankommt, solange der Begründungsneutralität Genüge getan ist.

Trotzdem arbeitet das Gericht mit den einschlägigen Gleichordnungs- und Konkordanzformeln und betont ausdrücklich, dass es kein „Modell weitgehender kompetenzieller Absichtung“ von elterlichem Erziehungsrecht und schulischem Erziehungsauftrag vertreten wolle.¹¹⁹ Zu dieser Behauptung sieht es sich durch eine zweite Prüfungsstufe veranlasst: „Selbst eine dem Erfordernis religiös-weltanschaulicher Neutralität des Unterrichts genügende schulische Veranstaltung“ könne „unter Umständen gegenüber einzelnen Schülern deren Glaubensfreiheit unzumutbar beschneiden;“¹²⁰ unter engen Voraussetzungen, die insbesondere die zuvor geläufige gerichtliche Bewertung und Relativierung einzelner schulischer Bildungs- und Erziehungsziele ausschließen,¹²¹ sei daher ein Befreiungsanspruch denkbar. Das Gericht

¹¹⁵ BVerwG, NJW 2014, S. 804, 806; BVerwGE 147, 362, 366. Die beiden Entscheidungen laufen weithin parallel; es werden – abgesehen von den Ausführungen, die ausschließlich auf den jeweiligen Einzelfall bezogen sind – ohne sachlichen Unterschied lediglich in dem einen Urteil die Glaubensfreiheit der Schülerin („Burkini“), im anderen Verfahren das elterliche Erziehungsrecht („Krabat“) herangezogen.

¹¹⁶ BVerwG, NJW 2014, S. 804, 806; BVerwGE 147, 362, 366.

¹¹⁷ BVerwG, NJW 2014, S. 804, 806 f.; BVerwGE 147, 362, 367 ff.

¹¹⁸ BVerwG, NJW 2014, S. 804, 808; BVerwGE 147, 362, 372.

¹¹⁹ BVerwG, NJW 2014, S. 804, 806; BVerwGE 147, 362, 368.

¹²⁰ BVerwG, NJW 2014, S. 804, 807 ff.; BVerwGE 147, 362, 370 ff.

¹²¹ Zur Kritik dieser Verfahrensweise vgl. bereits unten S. 399 ff.

meint also wohl, an dem überkommenen Gleichordnungs- und Abwägungsmodell grundsätzlich festzuhalten und es nur intern zu modifizieren. Insoweit unterliegt es aber einem Selbstmissverständnis. Selbstverständlich ist es nicht auszuschließen, dass ein dem Neutralitätsgebot genügender und daher an sich nicht zu beanstandender Schulunterricht in Einzelfällen zu einer unzumutbaren Bedrückung einzelner Schüler und Eltern führt; derartige Konflikte zwischen allgemeinem Recht und religiös-weltanschaulichen Sonderbedürfnissen sind auch aus anderen Rechtsbereichen wohlbekannt. Nur hat die grundrechtliche Lösung dieser Fallkonstellation nichts mit einem generellen Abwägungsmodell zu tun. Wenn sich das Bundesverwaltungsgericht genötigt sieht, spektakuläre individuelle Bedrückungen grundrechtlich aufzufangen, ist dies etwas ganz anderes: Es geht dann nicht um eine Gleichordnung und um eine generelle Beachtlichkeit der elterlichen Erziehungsvorstellungen und der religiösen Überzeugungen, sondern nur noch um individuelle Exemtionen in einem Randbereich, in dem die neutral gerechtfertigte schulische Erziehung ausnahmsweise in unzumutbarer Weise mit religiösen Sonderbedürfnissen kollidiert. Diese Fälle sollten über das Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) und dessen restriktive Voraussetzungen gelöst werden, aber nicht zu einer Verunklarung der Einsicht führen, dass diese neuere Rechtsprechung in der Sache auf einem Absichtungsmodell beruht.¹²²

3. Inhalt und Grenzen der schulischen Bildung und Erziehung

Will man an einem gemeinsamen sachhaltigen Schulunterricht festhalten, sind verfassungsrechtliche Konstruktionen von grundrechtlichen Vetopositionen, über die dann alle möglichen religiös-weltanschaulichen und idiosynkratischen Vorbehalte geltend gemacht werden können, nicht hilfreich. Zu unterschiedlich sind dafür inzwischen die Vorstellungen über Bildungsinhalte und Erziehungsziele;¹²³ dass das Abwägungs- und Gleichordnungsmodell unplausibel ist, wird in einer pluralistischen Gesellschaft offensichtlich. Es ist deshalb zu begrüßen, dass das Bundesverwaltungsgericht – auch wenn es das nicht klar benannt hat – in der Sache auf ein Absichtungsmodell übergegangen ist, das der Schule freie Hand lässt, solange das Gebot der Begründungsneutralität als objektive, durch die Grundrechte nur subjektivierbare Grenze eingehalten wird.¹²⁴ Individuellen Identitätsbedrohungen durch die Auswirkungen der schuli-

¹²² Zutreffend *Heinig*, ZevKR 61 (Fn. 107), S. 214: Das Gericht verfolge hier „die Logik des Absichtungsmodells im Gewande einer Abwägung“.

¹²³ Erinnert sei insoweit nur an die immer wieder aufflammenden Kontroversen zur Sexualerziehung; vgl. dazu jüngst etwa *Gisela Frießecke*, Das Bundesverfassungsgericht und Grundrechte bei der schulischen Sexualerziehung, DVBl. 2015, S. 680 ff.; *Ulrich Palm*, „Akzeptanz sexueller Vielfalt“ in der Bildungsplanreform, VBIBW 2014, S. 450 ff.; *Arnd Uhle* (Hrsg.), Sexuelle Vielfalt – Gegenstand staatlicher Erziehung? Grund und Grenzen der Sexualpädagogik in der staatlichen Schule, Berlin 2016.

¹²⁴ Dies ist der maßgebliche inhaltliche Punkt; wie man die Herangehensweise des Gerichts genau bezeichnet, ist dann zweitrangig. Für eine Diskussion dieser Fragen bin ich Matthias Je-staedt zu Dank verpflichtet.

schen Erziehung kann unter den engen Voraussetzungen des Grundrechts der Gewissensfreiheit begegnet werden. Damit ist ein verfassungsrechtlicher Rahmen gefunden, der dem Integrationsanliegen der Schule in einer pluralistischen Gesellschaft Rechnung trägt und daher auch vermehrt Zustimmung findet.¹²⁵

All dies hindert die Schulpolitik übrigens nicht, den Wünschen und Vorstellungen der Eltern und Schüler weit entgegen zu kommen; so mögen Gründe pragmatischer Klugheit etwa für eine großzügige Befreiungspraxis sprechen, wenn nur so die Akzeptanz der öffentlichen Schule bei bestimmten Gruppen aufrechterhalten werden kann¹²⁶ oder schlicht keine tiefgreifenden Beeinträchtigungen des Schulbetriebs zu befürchten sind.¹²⁷ Es besteht aber grundsätzlich kein grundrechtlicher Anspruch auf dieses Entgegenkommen; wenn es sich anders darstellt, ist es wichtig, dass die Schule verfassungsrechtlich nicht zur Kapitulation gezwungen ist. Dies ist auch unter dem Aspekt der Kompetenzverteilung von Bedeutung: Wie divers, multikulturell und zersplittert die öffentliche Schule sein kann und darf, entscheidet nicht die Rechtsprechung, sondern die Politik.

IV. Kunstfreiheit und Kunstförderung

Dass die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) staatliche Eingriffe, die auf ästhetische Qualitätsmaßstäbe gestützt werden – mithin ein „staatliches Kunstrichtertum“ –, verbietet, wird ganz überwiegend vorausgesetzt.¹²⁸ Entnommen wird dieses Verbot gemeinhin dem Grundrecht selbst; man wird das als Bestätigung einer neutralitätsgestützten und -generierenden Interpretation ansehen dürfen, weil sonst unklar bliebe, warum nicht zumindest Differenzierungen des Schutzes und des Schutzniveaus zulässig sein sollten, die sich an Kriterien ästhetischer Qualität orientieren. Von dieser Ausgangsprämisse sind aber die beiden Fragen schwer zu beantworten, die in dieser Schrift diskutiert werden: Warum darf der Staat die Kunst überhaupt fördern? Und

¹²⁵ Vgl. jetzt insbesondere *Felix Hanschmann*, Staatliche Bildung und Erziehung. Ganztagschule, Bildungsstandards und selbständige Schule als Herausforderungen für das Verfassungs- und Schulrecht, Tübingen 2017, S. 101 ff.; vgl. auch bereits *Christine Langenfeld*, Integration und kulturelle Identität zugewandelter Minderheiten (Fn. 78), S. 244 ff., 413 ff.; *Carol Rathke*, Öffentliches Schulwesen und religiöse Vielfalt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, Art. 7 Abs. 1 GG und der staatlichen Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität, Berlin 2005, S. 346 ff.

¹²⁶ Zu der anschwellenden Diskussion über ein „Homeschooling“ vgl. etwa *Frauke Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht versus staatliches Schul- und Wächteramt – eine Vermessung am Beispiel von Homeschooling, ZevKR 61 (2016), S. 141 ff.; *Tobias Handschell*, Die Schulpflicht vor dem Grundgesetz, Baden-Baden 2012; *Felix Hanschmann*, „Homeschooling“, in: Michael Bäuerle/Philipp Dann/Astrid Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 381 ff.; *Timo Hebel*/Julia Schmidt, Schulpflicht und elterliches Erziehungsrecht – neue Aspekte eines alten Themas?, NVwZ 2005, S. 1368 ff.; *Franz Reimer* (Hrsg.), Homeschooling, Baden-Baden 2012; *John Philipp Thurn*/Franz Reimer, Homeschooling als Option?, NVwZ 2008, S. 718 ff.

¹²⁷ Vgl. BVerwG, NJW 2014, S. 804, 809. Entsprechend bereits unten S. 403 f.

¹²⁸ Vgl. dazu unten S. 437 ff.

nach welchen Kriterien sollte er das tun?¹²⁹ Auf Qualitätsmaßstäbe zu verzichten, ist jedenfalls nicht möglich, da nicht alles und jeder gefördert werden kann.¹³⁰

Erstaunlicherweise interessiert sich die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft für die erste Frage nach der Legitimation staatlicher Kunstförderung nicht sonderlich;¹³¹ vermutlich ist dafür das „kulturstaatliche“ Selbstverständnis zu stark ausgeprägt. Mit Blick auf die zweite Frage nach zulässigen Kriterien behilft man sich mit verfahrensrechtlichen Lösungen und weichen Formeln (Pluralität, Offenheit usw.).¹³² Das hat seine pragmatische Vernünftigkeit, fügt sich aber schwerlich zu einem konsistenten Konzept. Das dürfte wesentlich daran liegen, dass man die Legitimationsfrage nach wie vor nicht scharf in den Blick nimmt: Erst wenn man die Zwecke und Ziele der Kunst- und Kulturförderung kennt, kann man auch die Auswahlkriterien bestimmen.¹³³

¹²⁹ Vgl. unten S. 441 ff.

¹³⁰ Die Ausführungen bei *Fabian Wittreck*, in: Dreier (Fn. 14), Art. 5 III (Kunst), Rn. 73 mit Fn. 332, nach denen hier eine gegenüber qualitativen Förderungskriterien „dezidiert kritische“ Position vertreten werde, treffen daher das hiesige Anliegen nicht: Derartige Maßstäbe sind unverzichtbar; fraglich ist allein, wie sie angesichts der zu Art. 5 Abs. 3 GG allgemein akzeptierten Neutralitätspremisse gerechtfertigt werden können.

¹³¹ In anderen Kontexten ist das anders; vgl. etwa *Franken*, Liberal Neutrality (Fn. 8), S. 45 ff. m. w. N. aus der philosophischen Diskussion, sowie – unter Bezugnahme auf diese Schrift – den Literaturwissenschaftler *Erhard Schütz*, Eine reichere Umwelt. Kunstförderung: Ist der Staat verpflichtet, für ästhetische Reichhaltigkeit zu sorgen?, *Der Freitag* Nr. 49 v. 28. 11. 2003, S. 11. Aus steuerrechtlicher Sicht vgl. *Christine Osterlob-Konrad*, Zwischen Kultur und Kommerz: Von der Wertschätzung der Kunst durch das Steuerrecht, *Kunst und Recht* 18 (2016), S. 189, 195 ff. Vgl. auch *Stefan Huster*, Neutralität – Subsidiarität – Pluralität, in: Institut für Kulturpolitik der Kulturpolitischen Gesellschaft e.V. (Hrsg.), *Jahrbuch für Kulturpolitik 2013*. Band 13: Kulturpolitik und Planung, Essen 2013, S. 111 ff.

¹³² Zur Diskussion vgl. *Eckhard Braun*, Prinzipien öffentlicher Kunstförderung in Deutschland, Bonn 2013, S. 47 ff. und passim; *ders.*, Die Qual der Wahl – Verfahrensgerechtigkeit in der Kulturförderung, in: Institut für Kulturpolitik der Kulturpolitischen Gesellschaft e.V. (Fn. 131), S. 125 ff.; *Claas Friedrich Germelmann*, Kultur und staatliches Handeln. Grundlagen eines öffentlichen Kulturrechts in Deutschland, Tübingen 2013, S. 402 ff. und passim; *Huster*, VVDStRL 65 (Fn. 25), S. 57 ff.; *Sophie-Charlotte Lenski*, Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung, Tübingen 2013, S. 444 ff.; *Oliver Scheytt*, Kommunales Kulturrecht. Kultureinrichtungen, Kulturförderung und Kulturveranstaltungen, München 2005, S. 17 ff.; *ders.*, *Kulturstaat Deutschland. Plädoyer für eine aktivierende Kulturpolitik*, Bielefeld 2008, S. 104 ff.

¹³³ Im Übrigen ist auch hier der eingangs (vgl. oben S. XXV ff.) beschriebene Stimmungswandel zu beobachten, wenn nun die Kunst- und Meinungsfreiheit gegen religiöse Empfindlichkeiten verteidigt werden muss; vgl. dazu etwa *Timothy Garton Ash*, Redefreiheit. Prinzipien für eine vernetzte Welt, München 2016, S. 385 ff.; *Dieter Grimm*, „Was schuldet der Staat der Religion?“, *SZ* v. 12. 9. 2012, S. 12; *ders.*, Nach dem Karikaturenstreit: Brauchen wir eine neue Balance zwischen Pressefreiheit und Religionsschutz?, in: Juristische Studiengesellschaft Jahresband 2007, Karlsruhe 2008, S. 21 ff.; *Martin Heger*, Der strafrechtliche Schutz der Religion in Deutschland – Geschichte, aktuelle Herausforderungen und kriminalpolitische Überlegungen, *ZevKR* 61 (2016), S. 109 ff.; *Christian Hillgruber*, Blasphemie, *KuR* 2013, S. 1 ff.; *Tatjana Hörnle*, Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB): Aufheben oder Ausweiten?, *JZ* 2015, S. 293 ff.; *dies.*, Kultur, Religion, Strafrecht (Fn. 102), S. 37 ff.; *Barbara Rox*, Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?, Tübingen 2012; *Rudolf Steinberg*, *Charlie Hebdo*: Ist Blasphemie schützenswert? – Meinungsfreiheit und der Schutz religiöser Gefühle in westlichen Verfassungsstaaten, *DVBl.* 2016, S. 1281 ff.

V. Der Schutz von Ehe und Familie

1. Neutralitätsgebot und Gleichheitsrecht

Ehe und Familie sind Lebenssachverhalte und Regelungsgegenstände, die auch in juristischen Diskussionen in besonderer Weise für religiös-weltanschaulich und ethisch imprägnierte Wertungen anfällig waren und sind.¹³⁴ Dies betrifft sowohl die Ausgestaltung von Ehe und Familie als auch ihr Verhältnis zu anderen Formen des Zusammenlebens. Da nun Verbote bestimmter Ausgestaltungsformen inzwischen ebenso untunlich sind wie die Unterdrückung alternativer Lebensformen, hat sich die Diskussion der letzten Jahre ganz auf die unterschiedlichen Formen und Instrumente staatlicher Förderung konzentriert. Damit erhalten Neutralitätserwägungen – über Art. 3 Abs. 1 oder 6 Abs. 1 GG – im Wesentlichen eine gleichheitsrechtliche Ausrichtung.

2. Neutralitätsgebot und Familienförderung

Dass der Staat die Familie fördert, kann angesichts der unverzichtbaren Funktionen, die in dieser Lebensform mit der Pflege und Erziehung von Kindern für das Gemeinwesen wahrgenommen werden, vor dem Neutralitätsgebot gerechtfertigt werden.¹³⁵ Probleme ergeben sich aber daraus, dass die Art und Weise der Familienförderung zu Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenen Ausgestaltungsformen der Familie – insbesondere in Bezug auf die Organisation und Aufteilung der Kinderbetreuung – führen kann. Dies ist etwa mit Blick auf das einkommensabhängige Elterngeld und zuletzt insbesondere auf das Betreuungsgeld diskutiert worden.¹³⁶ Dabei wird auch hier zunehmend erkannt, dass das Gebot der staatlichen Neutralität gegenüber unter-

¹³⁴ Einen Eindruck davon verschaffen zahlreiche Beiträge bei *Arnd Uhle* (Hrsg.), *Zur Disposition gestellt? Der besondere Schutz von Ehe und Familie zwischen Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit*, Berlin 2014.

¹³⁵ Vgl. unten S. 514 ff. Zur wirtschaftlichen Förderung der Ehe, die im Wesentlichen aus dem steuerrechtlichen Ehegattensplitting besteht, vgl. die (anhaltende, dazu bereits unten S. 587 ff.) verfassungsrechtliche und rechtspolitische Diskussion etwa bei *Joachim Englisch/ Johannes Becker*, *Reformbedarf und Reformoptionen beim Ehegattensplitting*, Berlin 2016; *Frauke Brosius-Gersdorf*, *Demografischer Wandel und Familienförderung*, Tübingen 2011, S. 500 ff., 585 ff.; *Kerstin Löhr*, *Das Ehegattensplitting auf dem Prüfstand*, Baden-Baden 2011; *Margarete Schuler-Harms*, *Ehegattensplitting und (k)ein Ende?*, FPR 2012, S. 297 ff.; *Barbara Seel* (Hrsg.), *Ehegattensplitting und Familienpolitik*, Wiesbaden 2007; *Alexander Thiele*, *Bedarf es einer Reform des Ehegattensplittings?*, RdJB 2015, S. 23 ff.; *Manfred Zuleeg*, *Ehegattensplitting und Gleichheit*, DÖV 2005, S. 687 ff.

¹³⁶ Das Betreuungsgeld des Bundes ist an kompetenzrechtlichen Hürden gescheitert, vgl. BVerfGE 140, 65 ff. Aus der vorangegangenen Diskussion der grundrechtlichen Fragen vgl. etwa *Frauke Brosius-Gersdorf*, *Die Rolle des Staates in der Kinderbetreuung: Betreuungsgeld oder Förderung der Kinderbetreuung in Tageseinrichtungen und Tagespflege?*, RdJB 2011, S. 440 ff.; *dies.*, *Das neue Betreuungsgeldgesetz – Familienförderung wider das Grundgesetz*, NJW 2013, S. 2316 ff.; *Eberhard Eichenhofer*, *Betreuungsgeld und Grundgesetz*, ZG 2013, S. 60 ff.; *Silvia Pernice-Warnke*, *Elterngeld und Betreuungsgeld im Spannungsfeld zwischen verfassungsrechtlichem Familienschutz und Gleichberechtigung*, FamRZ 2014, S. 263 ff.; *Ute Sacksofsky*, *Verfassungsmäßigkeit des geplanten Betreuungsgeldes*, Streit 2010, S. 167 ff.

schiedlichen Familienformen und -ausgestaltungen einen wichtigen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt darstellt.¹³⁷

3. Das Verhältnis der Ehe zu anderen Formen des Zusammenlebens

Mit Blick auf das Verhältnis der Ehe zu anderen Formen des Zusammenlebens hat sich die Diskussion inzwischen nahezu ausschließlich auf die Frage verlagert, ob und inwieweit ein Anspruch der eingetragenen Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtlich orientierte Menschen auf Gleichstellung mit der (verschiedengeschlechtlichen) Ehe besteht. Nach der Einführung des Instituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft hat das Bundesverfassungsgericht diesen Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitet und in einer Reihe von Entscheidungen konsequent umgesetzt.¹³⁸ Tatsächlich wird man im Grundsatz sagen müssen: Soweit die eingetragene Lebenspartnerschaft der Ehe entsprechende Funktionen erfüllt und die Lebenspartner die gleichen Rechtspflichten wie Ehepartner haben, ist kein Grund – und schon gar kein zwingender oder besonders gewichtiger Grund, der erforderlich wäre, um eine Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung zu rechtfertigen¹³⁹ – ersichtlich, den Lebenspartnern nicht auch die gleichen Rechte zuzugestehen.¹⁴⁰

Das einzige Argument, das sich dagegen noch vorbringen lässt, ist der besondere Eheschutz des Art. 6 Abs. 1 GG, der einen „bereits für sich genommen tragfähigen (...) Differenzierungsgrund“ darstellen können soll, was die Verfassungsrechtsprechung nur um den Preis einer Grenzüberschreitung von der Verfassungsauslegung zur Verfassungsänderung habe ignorieren können.¹⁴¹ Diese Argumentation überzeugt schon

¹³⁷ Vgl. insbesondere *Brosius-Gersdorf*, Demografischer Wandel und Familienförderung (Fn. 135), S. 292 ff. und passim; *dies.*, in: Dreier (Fn. 14), Art. 6 Rn. 94 ff. Vgl. ferner etwa *Karsten Herzmann*, Der Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 I GG, Jura 2015, S. 248, 251; *Sacksofsky* (Fn. 136), S. 170; *Christian Seiler*, Das Elterngeld im Lichte des Grundgesetzes, NVwZ 2007, S. 129, 132; *ders.*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, Tübingen 2008, S. 39 f.; *Friederike Wapler*, Familie und Familienschutz im Wandel – zur Entwicklung des Familienbegriffs im öffentlichen Recht, RW 2014, S. 57, 86 f.

¹³⁸ Vgl. BVerfGE 124, 199 ff.; 126, 400 ff.; 131, 239 ff.; 132, 179 ff.; 133, 59 ff.; 133, 377 ff.

¹³⁹ Vgl. dazu *Stefan Huster*, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Juni 2016, Art. 3 Abs. 1 Rn. 100 ff.

¹⁴⁰ Inzwischen geht die Diskussion darüber bereits hinaus, wenn mit beachtlichen Gründen erwogen wird (hier noch abgelehnt, vgl. unten S. 577 ff.), auch die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen; vgl. *Frauke Brosius-Gersdorf*, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB, NJW 2015, S. 3557 ff.; *Norman Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse. Zur verfassungsrechtlichen Reflexion gesellschaftlicher Entwicklungen von Partnerschaft und Familie durch grundrechtliche Tatbestände, Berlin 2016, S. 246 ff.

¹⁴¹ So *Christian Hillgruber*, Anmerkung, JZ 2010, S. 41, 42 (zur Kritik vgl. *Claus Dieter Clasen*, Erwiderung, JZ 2010, S. 411 f.). Ähnlich etwa *Günter Krings*, Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner, NVwZ 2011, S. 26 ff. Zur Diskussion vgl. ferner etwa *Monika Böhm* und *Michael Germann*, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, VVDStRL 73 (2014), S. 211, 229 ff., und 257, 280 ff. Zur noch offenen Frage des Adoptionsrechts eingetragener Lebenspartnerschaften vgl. *Klaus Ferdinand Gärditz*, Gemeinsames Adoptionsrecht Eingetragener Lebenspartner als Verfassungsgebot?, JZ 2011, S. 930 ff.; *Jörg Henkel*, Fällt nun auch das „Fremdkindadoptionsverbot“?, NVwZ 2011, S. 259 ff.

deshalb nicht, weil auch Art. 6 Abs. 1 GG keine beliebige Privilegierung der Ehe rechtfertigt, so dass auf eine Begründung für rechtliche Differenzierungen nicht verzichtet werden kann.¹⁴² Diese Rechtfertigung muss auf allgemein nachvollziehbaren – und hier nicht leicht zu findenden – Gründen beruhen; wenn er nur ein religiös-weltanschauliches Vorurteil reproduziert, leistet der blanke Verweis auf Art. 6 Abs. 1 GG letztlich wenig bis nichts. Auch diese – in der Verfassungsrechtsprechung klar zu beobachtende – Entwicklung belegt die Überzeugungskraft des Neutralitätsgedankens.¹⁴³

C. Ausblick

I. Der Status partikularer ethischer Überzeugungen in juristischen und rechtspolitischen Kontexten

1. Die Diskussion über den „öffentlichen Vernunftgebrauch“

Dass die öffentliche Gewalt zur ethischen Neutralität verpflichtet ist, soll nicht die Bürger und ihre Überzeugungen und Lebensformen „neutralisieren“ – im Gegenteil: Die staatliche Neutralität ist eine Voraussetzung dafür, dass diese Überzeugungen und Lebensformen frei und gleichberechtigt verwirklicht werden können. Und doch gibt es hier möglicherweise eine Rückwirkung: Müssen partikuläre ethische – insbesondere religiöse – Überzeugungen nicht „eingeklammert“ oder in allgemein zugängliche Gründe „übersetzt“ werden, wenn über politische Angelegenheiten diskutiert wird? Und führte dies nicht zu einer Benachteiligung derjenigen Bürger, die über starke und anspruchsvolle Überzeugungen dieser Art verfügen?

Diese Diskussion über den „öffentlichen Vernunftgebrauch“¹⁴⁴ ist in den letzten Jahren nicht nur weitergeführt,¹⁴⁵ sondern auch nach Deutschland transportiert wor-

¹⁴² Dass daher selbst bei einer Heranziehung des Art. 6 Abs. 1 GG die Verfassungsrechtsprechung zu denselben Ergebnissen hätte kommen können, gesteht etwa *Heinrich Amadeus Wolff*, Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Perspektiven aus deutscher Sicht, in: Uwe Kischel/Johannes Masing (Hrsg.), Unionsgrundrechte und Diskriminierungsverbote im Verfassungsrecht, Stuttgart 2012, S. 121, 133 f., ein.

¹⁴³ Vgl. dazu bereits unten S. 601 ff. Als weiteres Problem kommt hinzu, dass es selbst dann, wenn das Gemeinwesen im Vergleich zu Lebenspartnerschaft an der Ehe als Lebensform ein nachvollziehbares besonderes Interesse hätte, zumindest ungewöhnlich wäre, dass die Geltendmachung eines derartigen „Leitbildes“ des Zusammenlebens gegenüber den Bürgern einem Verfassungsgericht und nicht der Politik obläge; vgl. dazu *Stefan Huster*, Die Unterscheidung von politischen Zielen und verfassungsrechtlichen Argumenten. Eine Untersuchung am Beispiel des Ehe- und Familienschutzes im deutschen Verfassungsrecht, in: Christian Hiebaum/Peter Koller (Hrsg.), Politische Ziele und juristische Argumentation (ARSP-Beiheft Nr. 92), Stuttgart 2003, S. 47 ff. Zur Bedeutung des Neutralitätsgebots für die „Lebensformenpolitik“ vgl. auch – zum schweizerischen Recht – *Anne Kühler*, Lebensformenpolitik und die Privilegierung der Ehe im Licht staatlicher Neutralität. Eine Diskussion am Beispiel des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin, in: Bettina Bannwart u. a. (Hrsg.), Keine Zeit für Utopien? Perspektiven der Lebensformenpolitik im Recht, Zürich 2013, S. 45 ff.

¹⁴⁴ Vgl. unten S. 668 ff.

¹⁴⁵ Vgl. etwa *Josua Cohen*, Truth and Public Reason, PPA 37 (2009), S. 2 ff.; *David Enoch*, Against Public Reason, in: Sobel u. a. (Fn. 9), S. 112 ff.; *Gerald Gaus*, The Order of Public Reason,

den.¹⁴⁶ Maßgeblich dazu beigetragen hat es, dass mit Jürgen Habermas ein prominenter und weder theoretisch noch persönlich („religiös unmusikalisch“) zu besonderer Religionsnähe neigender Philosoph der religiösen Sprache in öffentlichen Zusammenhängen überraschenderweise eine gewisse Berechtigung zuerkannt hat.¹⁴⁷ Neben den bekannten grundsätzlichen Selbstzweifeln moderner Gemeinwesen an Bestand und Erhalt ihrer normativen Grundlagen und Ressourcen¹⁴⁸ sind für derartige Rückbesin-

New York 2011; *David Golembowski*, Judicial Evaluation of Religious Beliefs and the Accessibility Requirement in Public Reason, Law and Philosophy 35 (2016), S. 435 ff.; *Charles Larmore*, Public Reason, in: Samuel Freeman (Hrsg.), The Cambridge Companion to Rawls, Cambridge 2003, S. 368 ff.; *Thomas M. Scanlon*, Rawls on Justification, ebd., S. 139, 157 ff.; *Jonathan Quong*, The Scope of Public Reason, Polit. Studies 52 (2004), S. 233 ff.; *Kevin Vallier*, Public Reason Is not Self-Defeating, APQ 53 (2016), S. 349 ff.; *Steven Wall*, Public Reason and Moral Authoritarianism, The Philos. Quart. 63 (2013), S. 160 ff. Der Status partikularer ethischer Überzeugungen und Gründe in der demokratischen Öffentlichkeit wird vielfach auch in den in Fn. 8 und 9 genannten Werken zum Neutralitätsgebot und zum politischen Liberalismus diskutiert.

¹⁴⁶ Vgl. etwa *Mariano Barbato*, Postsäkulares Parlament, in: Antonius Liedheger/Gerd Pickel (Hrsg.), Religionspolitik und Politik der Religionen in Deutschland. Fallstudien und Vergleiche, Wiesbaden 2016, S. 63 ff.; *Martin Breul*, Religion in der politischen Öffentlichkeit. Zum Verhältnis religiöser Überzeugungen und öffentlicher Rechtfertigung, Paderborn 2015; *Peter Dabrock*, Das Gut des öffentlichen Vernunftgebrauchs, in: Hans-Richard Reuter/Torsten Meireis (Hrsg.), Das Gute und die Güter. Studien zur Gütererethik, Münster 2007, S. 231 ff.; *Johannes Fischer*, Theologische Ethik, und die Forderung nach Selbstbeschränkung religiöser Überzeugungen im öffentlichen Raum, ZEE 48 (2004), S. 247 ff.; *Johannes J. Frühbauer*, Religion und Republik. Der Anspruch auf religiöse Argumente im öffentlichen Diskurs als Konkretisierung der positiven Religionsfreiheit im säkularen Staat, RphZ 2016, S. 225 ff.; *Stefan Grotefeld*, Religiöse Überzeugungen im liberalen Staat. Protestantische Ethik und die Anforderungen öffentlicher Vernunft, Stuttgart 2006; *Gutmann*, in: Gabriel/Spieß/Winkler (Fn. 9); *Christian Polke*, Öffentliche Religion in der Demokratie. Eine Untersuchung zur weltanschaulichen Neutralität des Staates, Leipzig 2009; *Tine Stein*, Religiöse und weltanschauliche Wahrheitsansprüche in der Demokratie: politisch oder vorpolitisch?, in: Michael Kühnlein (Hrsg.), Das Politische und das Vorpolitische. Über die Wertgrundlagen der Demokratie, Baden-Baden 2014, S. 181 ff.; *Ulrich Willems*, Religion als Privatsache? Eine kritische Auseinandersetzung mit dem liberalen Prinzip einer strikten Trennung von Politik und Religion, in: Michael Minkenberg/Ulrich Willems (Hrsg.), Politik und Religion, Wiesbaden 2003, S. 88 ff.; *ders.*, Wertkonflikte als Herausforderung der Demokratie, Wiesbaden 2016, S. 271 ff.

¹⁴⁷ Vgl. *Habermas*, Glauben und Wissen (Fn. 5); *ders.*, Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates, in: *ders./Joseph Ratzinger*, Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion, Freiburg 2005, S. 15 ff.; *ders.*, Religion in der Öffentlichkeit, in: *ders.*, Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze, Frankfurt 2005, S. 119 ff.; *ders.*, Ein Bewußtsein von dem, was fehlt, in: Michael Reder/Josef Schmidt (Hrsg.), Ein Bewußtsein von dem, was fehlt. Eine Diskussion mit Jürgen Habermas, Frankfurt 2008, S. 26 ff.; *ders.*, Religion und nachmetaphysisches Denken, in: *ders.*, Nachmetaphysisches Denken II. Aufsätze und Repliken, Berlin 2012, S. 120, 154 ff.; *ders.*, Ein Symposium über Glauben und Wissen, ebd., S. 183, 229 ff.; *ders.*, Religion in der Öffentlichkeit der „postsäkularen Gesellschaft, ebd., S. 308 ff.; *ders.*, Politik und Religion, in: Friedrich Wilhelm Graf/Heinrich Meier (Hrsg.), Politik und Religion. Zur Diagnose der Gegenwart, München 2013, S. 287 ff. Diese Beiträge haben dann wiederum zu einer umfangreichen Debatte geführt; vgl. nur *Fischer*, Die Zukunft einer Provokation (Fn. 28), S. 185 ff.; *Dieterich Schotte*, Zur (Un) Übersetzbarkeit religiöser Rede, ZfphF 64 (2010), S. 378 ff.; *Ulrich Willems*, Religion und Moderne bei Jürgen Habermas, in: *ders.* u. a. (Hrsg.), Moderne und Religion. Kontroversen um Modernität und Säkularisierung, Bielefeld 2013, S. 489 ff.; sowie die Beiträge in *Reder/Schmidt*, a. a. O.

¹⁴⁸ In diesem Zusammenhang ist auch die Rede von Papst Benedikt XVI. im Jahre 2011 vor dem Bundestag zu erwähnen; vgl. dazu den Text der Rede und die analysierenden Beiträge bei *Georg Essen* (Hrsg.), Verfassung ohne Grund? Die Rede des Papstes im Bundestag, Freiburg 2012.

nungen auf religiöse Traditionsbestände und deren – wirkliche oder vermeintliche – Einsichten immer wieder die Entwicklungen der modernen Medizin und Biotechnologie von zentraler Bedeutung, die Eingriffe in die menschliche Natur ermöglichen, die sich auf der Grundlage der überkommenen liberalen Prinzipien von Freiheit und Gleichheit nicht ganz einfach angemessen diskutieren zu lassen scheinen.¹⁴⁹

2. Ebenen und Differenzierungen

Diese inzwischen recht ausdifferenzierte Debatte berührt einige Grundfragen des politischen und gesellschaftlichen Zusammenlebens und leidet nicht zuletzt deshalb darunter, dass sich in ihr verschiedene Problemebenen und -aspekte überkreuzen.

Zuzugeben ist den Einwänden gegen liberale Theorien des öffentlichen Vernunftgebrauchs, dass die Grenze zwischen allgemein nachvollziehbaren und partikularen

¹⁴⁹ So sind die Ausführungen von Habermas zum öffentlichen Vernunftgebrauch (vgl. die Nachweise in Fn. 147) in mancherlei Hinsicht vorbereitet in und motiviert durch *Jürgen Habermas*, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt 2001. Zur Bedeutung des Neutralitätsgebots und des „öffentlichen Vernunftgebrauchs“ für die Diskussion und Regulierung biomedizinischer Sachverhalte vgl. etwa *Ammann*, *Medizinethik und medizinethische Expertengremien im Licht des öffentlichen Rechts* (Fn. 14); *Susanne Beck*, *Stammzellforschung und Strafrecht. Zugleich eine Bewertung der Verwendung von Strafrecht in der Biotechnologie*, Berlin 2006, S. 176 ff.; *Dreier*, *Bioethik* (Fn. 6), S. 16 ff. und passim; *Bijan Fateh-Moghadam*, *Bioethische Diskurse zwischen Recht, Ethik und Religion – Zum Einfluss der Religion in bioethischen Beratungsgremien*, in: *Friedemann Voigt* (Hrsg.), *Religion in bioethischen Diskursen. Interdisziplinäre, internationale und interreligiöse Perspektiven*, Berlin/New York 2010, S. 3 ff.; *Thomas Gutmann*, „Gattungsethik“ als Grenze der Verfügung des Menschen über sich selbst?, in: *Wolfgang van den Daele* (Hrsg.), *Biopolitik* (Leviathan Sonderheft 23), Wiesbaden 2005, S. 235 ff.; *ders.*, *Christliche Imprägnierung des Strafgesetzbuchs?*, in: *Dreier/Hilgen-dorf* (Fn. 25), S. 295 ff.; *Heum*, in: *Michl/Pothast/Wiesing* (Fn. 14), S. 45 ff.; *Martin Honecker*, *Wie tragfähig sind theologische Argumente in der biopolitischen Debatte?*, in: *Heinrich de Wall/Michael Germann* (Hrsg.), *Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2003, S. 669 ff.; *Anne Barbara Lungstrass*, *Der Umgang mit dem Embryo in vitro. Eine Analyse der Überzeugungsstrategien in der verfassungsrechtlichen Debatte um die embryonale Stammzellforschung und die Präimplantationsdiagnostik*, Baden-Baden 2008, S. 163 ff.; *Stefan Huster*, *Gleichheit durch Gleichgültigkeit? Die ethische Neutralität des Staates und die Regulierung der modernen Medizin*, in: *Christian Kopetzki/Magdalena Pöschl/Michael Reiter/Maria Wittmann-Tiwald* (Hrsg.), *Körper-Codes. Moderne Medizin, individuelle Handlungsfreiheiten und die Grundrechte* (Grundrechtstag 2009), Wien 2010, S. 9 ff.; *ders.*, *Bioethik und Biorecht: Symbiose oder Konflikt?*, in: *Marion Albers* (Hrsg.), *Bioethik, Biorecht, Biopolitik. Eine Kontextualisierung*, Baden-Baden 2016, S. 59 ff.; *Herlinde Pauer-Studer*, *Bioethik und öffentlicher Vernunftgebrauch am Beispiel der Embryonenforschung*, in: *Ulrich H. J. Körner/Christian Kopetzki* (Hrsg.), *Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin?*, Wien 2003, S. 145 ff.; *Klaus Thomalla*, *Zur Kritik an einer rechtsethischen Engführung der Bioethik als Paradigma einer Nutzenkultur*, in: *Thomas S. Hoffmann/Walter Schweidler* (Hrsg.), *Normkultur versus Nutzenkultur. Über kulturelle Kontexte von Bioethik und Biorecht*, Berlin/New York 2006, S. 401 ff.; *Lioba Ilona Luisa Welling*, *Genetisches Enhancement. Grenzen der Begründungsressourcen des säkularen Rechtsstaates?*, Berlin/Heidelberg 2014, S. 253 ff.; *Ulrich Willems*, *Wertekonflikte über bioethische Fragen aus politikwissenschaftlicher Sicht. Zu Theorie und Empirie des Umgangs demokratischer Gesellschaften mit fundamentalem moralischem Dissens*, in: *Albers* (Hrsg.), a. a. O., S. 79 ff.

ethischen Gründen nicht immer einfach zu ziehen ist. Dabei ist allerdings davor zu warnen, diese Grenze falsch zu interpretieren. Schreibt man ihr einen epistemologischen Charakter zu, gerät man in ihrerseits weltanschaulich aufgeladene Diskussionen über die Rationalität religiöser und ethischer Überzeugungen und das Verhältnis von Wissen und Glauben, die in politischen Kontexten nicht weiterführen. Vielmehr ist diese Grenze sinnvollerweise als eine historische und politische Errungenschaft aufzufassen, weil moderne Gemeinwesen sich darauf verständigt haben, über fundamentale Sinnfragen eine Übereinstimmung weder finden zu können noch zu müssen. Auch aus dieser Perspektive bleibt allerdings eine Grauzone bestehen, in der man darüber streiten kann, ob ein Argument eine prinzipielle allgemeine Nachvollziehbarkeit für sich beanspruchen kann oder von vornherein nur auf einer partikularen ethischen Grundlage verständlich ist, zumal – jedenfalls in der deutschen politischen Kultur – die offene Berufung auf religiös-weltanschauliche Wahrheiten eher ungewöhnlich ist und das Erfordernis der „Übersetzung“ in eine weniger voraussetzungsreiche Sprache weithin anerkannt wird. Dies führt dann – etwa in kirchlichen und theologischen Stellungnahmen – gelegentlich zu einer eigenartigen Doppelgleisigkeit der Argumentation, wenn für eine Position sowohl religiös-weltanschauliche als auch säkulare Begründungen angeboten werden, ohne dass deren Verhältnis zueinander geklärt wird; mit Wohlwollen mag man dies dann als eine Kombination von religiös-weltanschaulicher Genese oder Motivation und politisch-rechtlichem Geltungs- und Begründungsanspruch verstehen.

Neben diesen Einwand der fehlenden Unterscheidungskraft tritt das Bedenken, dass ein Gemeinwesen nicht gut beraten sei, wenn es „dichtere“ – insbesondere religiöse – Argumente aus dem öffentlichen Gespräch verdrängt, weil diesen Argumenten ein Erschließungspotential innewohnen könne, das unverzichtbar sei.¹⁵⁰ Dies wird man nicht ausschließen wollen, auch wenn sich sehr ernsthaft die Frage stellt, welche „verschütteten Intuitionen“¹⁵¹ es denn noch sein mögen, die in religiös-weltanschaulichen Überzeugungen und Traditionen verborgen und nicht bereits in normatives Allgemeingut übersetzt sind.¹⁵² Die zentrale Frage lautet hier allerdings, auf welche Ebene sich die liberale Forderung nach einer „Übersetzung“ oder „Einklammerung“ partikulärer Gründe bezieht. Von ihren Vertretern ist sie überwiegend als eine „religionspolitische Zivilitätszumutung“¹⁵³ verstanden worden, die sich die Bürger gegenseitig auferlegen, wenn sie gemeinsame Angelegenheiten erörtern. Eine Rechtspflicht, im politischen oder gar allgemeinen gesellschaftlichen Diskurs auf einen Rekurs auf Glaubensüberzeugungen zu verzichten, kommt schon aufgrund der Kommunikationsfreiheiten nicht in Betracht; deshalb ist die beliebte Redeweise, die Anforderungen des öffentlichen Vernunftgebrauchs verdrängten die Religion aus der Öffentlichkeit, nicht sonderlich plausibel. Entsprechendes gilt auch für die Stellungnahmen von

¹⁵⁰ Auf diesem Argument beruhen wesentlich die Ausführungen bei *Habermas* (vgl. die Nachweise in Fn. 147).

¹⁵¹ *Habermas*, Religion in der Öffentlichkeit (Fn. 147), S. 137.

¹⁵² Eher skeptisch insoweit auch *Hofmann*, JZ 2003 (Fn. 28), S. 383.

¹⁵³ Ausdruck bei *Willems*, in Minkenberg/Willems (Fn. 146), S. 90.

Politikern und Abgeordneten:¹⁵⁴ Hier mag man es etwa für unangemessen halten, wenn bei ethisch besetzten Themen in den Beiträgen einer Parlamentsdebatte – gefördert durch die „Aufhebung des Koalitionszwangs“ – die persönlichen religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisse dominieren, anstatt dass erörtert wird, wie eine politische Lösung aussieht, die den Prinzipien von Freiheit und Gleichheit entspricht¹⁵⁵ – rechtlich vorgehen wird man dagegen weder wollen noch können.¹⁵⁶

3. Partikulare Begründungen als Rechtsproblem

Anders sieht es dagegen aus, wenn staatliche Entscheidungen auf einer partikularen Grundlage beruhen. Jedenfalls für Freiheitseingriffe und Ungleichbehandlungen besteht weithin Einigkeit, dass diese „auch anders als religiös begründbar sein“ müssen; es sei eine Begründung zu finden, die das „religiös vorgetragene Argument säkular ‚übersetzt‘ oder ‚überformt‘ und es damit allgemein akzeptabel macht.“¹⁵⁷ Zwar ist nicht ersichtlich, dass ein mit religiösen Erwägungen begründetes staatliches Handeln die Religionsfreiheit der Normadressaten, die abweichende Überzeugungen haben, verletzt.¹⁵⁸ Aber es bleibt ein Problem, dass es an einer nachvollziehbaren Rechtfertigung für die Grundrechtsbeeinträchtigung fehlt, so dass der Eingriff in das jeweils sachlich einschlägige Grundrecht verfassungswidrig ist.¹⁵⁹

Allerdings ist es unklar, ob und inwieweit dieser Neutralitätsgehalt der Grundrechte zum Tragen kommen kann. Neben dem Einwand, dass eine derartige „Übersetzung“ oder „Überformung“ in „vielen Fällen“ möglich sein wird,¹⁶⁰ stellt sich die Frage, ob eine säkulare – oder allgemeiner: neutrale, von partikularen ethischen Überzeugungen unabhängige – Begründung der jeweiligen staatlichen Maßnahme tatsächlich zugrunde liegen oder nur möglich sein muss. Dies berührt die in jüngerer Zeit intensiv diskutierte und generelle Problematik der Anforderungen an die Begründungen staatlichen Handelns.¹⁶¹ Wie immer man das auch sieht: Selbst

¹⁵⁴ So zu Recht *Dreier*, FAZ v. 12. 12. 2016 (Fn. 14), gegen weitergehende Vorstellungen – Streichung von religiösen Stellungnahmen oder Rechtfertigungen aus Parlamentsprotokollen – bei *Habermas*, Religion in der Öffentlichkeit (Fn. 147), S. 137.

¹⁵⁵ Zur Kritik vgl. *Stefan Huster*, „Urteilkraft statt Betroffenheit“, SZ v. 10. 10. 2012, S. 12; *Urban Wiesing*, „Von wegen Sternstunde“, TAZ v. 10. 11. 2015, S. 12; skeptisch auch *Willems*, Wertkonflikte als Herausforderung der Demokratie (Fn. 146), S. 192 ff.

¹⁵⁶ Rechtskulturen, die auf religiöse Grenzziehungen sehr sensibel reagieren, mögen das anders sehen: So hat das Oberste Gericht in Indien kürzlich entschieden, dass im Wahlkampf religiöse Bezüge unzulässig sind (vgl. *Till Fährnders*, „Laizismus in Indien“, FAZ v. 4. 1. 2017, S. 5).

¹⁵⁷ So die Formulierungen bei *Hillgruber*, Kommentar (Fn. 21), S. 125. Ganz ähnlich *Dreier*, Bioethik (Fn. 6), S. 17 ff.

¹⁵⁸ So aber *Hillgruber*, Kommentar (Fn. 21), S. 125.

¹⁵⁹ Davon geht wohl auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus; vgl. dazu unten S. 653 ff.

¹⁶⁰ So *Hillgruber*, Kommentar (Fn. 21), S. 125.

¹⁶¹ Für Parlamentsgesetze vgl. insoweit die vielfach an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundsicherung (BVerfGE 125, 175 ff.) anschließende Diskussion etwa bei *Timo Hebel*, Ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet, Gesetze zu begründen?, DÖV 2010, S. 754 ff. Im Übrigen vgl. jüngst *Rüdiger Zuck*, Begründungen – ihre Gründe und Grenzen, NJW 2016, S. 3573 ff.

wenn eine – auf den ersten Blick – neutralitätskompatible Begründung gegeben wird oder jedenfalls denkbar ist, entbindet das gerade in religiös-weltanschaulich aufgeladenen Regelungsbereichen nicht von der Verpflichtung, die Plausibilität dieser – möglicherweise nur vorgeschobenen – Begründung und der ihr zugrunde liegenden empirischen Annahmen zu kontrollieren. Insbesondere bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Parlamentsgesetzen werden die Gerichte dabei angesichts der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative die getroffenen Annahmen regelmäßig akzeptieren müssen. Es mag aber auch Fälle geben, in denen die „säkulare“ Begründung derartig spekulativ und unsubstantiiert bleibt, dass sie die Freiheitseinschränkung oder Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen kann.¹⁶²

II. Lebensführungspaternalismus als neues Anwendungsgebiet des Neutralitätsgebots?

Neben seinen klassischen Wirkungsrichtungen, die auf den Umgang mit religiös-weltanschaulichen Überzeugungen und dadurch geprägten Lebensformen bezogen sind, kristallisiert sich zur Zeit möglicherweise ein weiteres Anwendungsfeld des Neutralitätsgebots heraus: die Abwehr eines Lebensführungspaternalismus.

Die freiheitliche Ordnung lebt von der Annahme, dass die Bürger fähig sind, über die Art und Weise ihrer Lebensführung nachzudenken und sich für bestimmte Lebensformen zu entscheiden. Wären sie zu dieser distanzierenden Reflexion nicht in der Lage, sondern lediglich die willenlosen Opfer von äußeren Einflüssen und inneren Zwängen, liefe auch das Neutralitätsgebot ins Leere, weil die individuellen Entscheidungen gar keine legitimierende Kraft besäßen. Die zugrunde liegenden Rationalitäts- und Autonomieunterstellungen sind aber inzwischen unter Druck geraten. Dazu beigetragen haben maßgeblich Erkenntnisse der Psychologie und der Verhaltensökonomik, die auf überraschende – tatsächliche oder vermeintliche – Schwächen menschlichen Entscheidungsverhaltens hinweisen.¹⁶³ Zudem wird zunehmend deutlich, dass diese Defizite – etwa mit Blick auf das Gesundheitsverhalten – erstaunlich schichtenspezifisch ausgeprägt sind.¹⁶⁴ Dies hat – zunächst in der Theorie, aber hier und da auch bereits in der politischen Praxis – die Einstellung befördert, dass es

¹⁶² Dies ist in jüngerer Zeit etwa hinsichtlich der Neuregelung des Verbots der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe (§ 217 StGB) behauptet worden; vgl. *Bijan Fateh-Moghadam*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15, MedR 2016, S. 716, 718f.; *Benno Heussen*, Irritationen am Rande des Todes, Merkur 69 (2015), Heft 798, S. 22, 27ff.; *Rosemarie Will*, Ein Verstoß gegen die ethische Neutralität des Strafrechts, Vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik, Heft 3/2016 (Nr. 215), S. 109ff. Nochmals (vgl. bereits oben S. XLIX) sei hervorgehoben, dass diese Anforderungen selbstverständlich auch für rechtliche Beschränkungen religiöser Lebensformen gelten – das Neutralitätsgebot wirkt hier in alle Richtungen.

¹⁶³ Dazu und zum Folgenden vgl. *Stefan Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit. Normative Aspekte von Public Health (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 49), Baden-Baden 2015, S. 24ff. m. w. N.

¹⁶⁴ Vgl. *Stefan Huster*, Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, JZ 2008, S. 859ff.; *ders.*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit. Sparen, umverteilen, vorsorgen?, Berlin 2011, S. 55ff., jeweils m. w. N.

sowohl sinnvoll als auch gerecht sei, die individuelle Lebensführung zu „rationalisieren“ und den Bürgern staatlicherseits zu „klügeren“ Entscheidungen zu verhelfen. Besonders verführerisch ist dies, soweit mit dem „Nudging“ ein Instrument zur Verfügung zu stehen scheint, das diese Wirkung hervorbringt, ohne mit merklichen Freiheitseinbußen verbunden zu sein.¹⁶⁵ Die Folge ist eine Position des – mehr oder weniger „libertären“ oder „liberalen“ – staatlichen Paternalismus.¹⁶⁶ Ihm geht es nicht mehr primär um die Achtung individueller Autonomie und deren Ermöglichung, sondern um den unmittelbaren Zugriff auf das gute oder gelungene Leben, dessen Maßstäbe – soweit sie überhaupt noch hinterfragt und nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden¹⁶⁷ – wohl maßgeblich aus den Erkenntnissen der boomenden empirischen Glücksforschung gewonnen werden sollen.¹⁶⁸

Dieser eudaimonistische Ansatz steht in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der ethischen Neutralität des Staates. Dabei soll nicht behauptet werden, dass – zumal niedrigschwellige – staatliche Maßnahmen, die zentrale Lebensgüter gegen unreflektierte individuelle Entscheidungen schützen, von vornherein und per se verfassungswidrig sind; auch sind die Ermöglichung und Unterstützung rationaler und autonomer Entscheidungen im Sinne eines „Empowerments“ zentrale staatliche Aufgaben.¹⁶⁹ Zudem können auch nachvollziehbare Allgemeininteressen – etwa der Solidargemeinschaften in den Sozialversicherungssystemen – an einer ressourcenschonenden Lebensweise vorgebracht werden;¹⁷⁰ in ähnlicher Weise kann der Schutz

¹⁶⁵ Grundlegend *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein*, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven 2008. Vgl. dazu jetzt auch die Beiträge bei *Alexandra Kemmerer/Christoph Möllers/Maximilian Steinbeis/Gerhard Wagner* (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Baden-Baden 2016.

¹⁶⁶ Unterschiedlich in den Folgerungen, nicht aber den Prämissen: einerseits *Thaler/Sunstein*, *Nudge* (Fn. 165); *Cass R. Sunstein*, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, New Haven 2014; andererseits *Sarah Conly*, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, New York 2013. Der Paternalismus erlebt daher auch eine erstaunliche Renaissance als Thema der politischen und praktischen Philosophie; vgl. nur die Beiträge bei *Thomas Schramme* (Hrsg.) *New Perspectives on Paternalism and Health Care*, Heidelberg/New York 2015.

¹⁶⁷ Eine besonders prominente Rolle spielt insoweit das Gut der Gesundheit, gegen dessen hohe Bedeutung sich keine Einwände erheben zu lassen scheinen – wobei nicht immer gesehen wird, dass das im Rahmen der Gesundheitsförderung verwendete positive und graduelle Gesundheitskonzept sich von dem im Rahmen der Versorgung üblichen negativen Gesundheitsbegriff maßgeblich unterscheidet; vgl. dazu *Stefan Huster/Thomas Schramme*, *Normative Aspekte der staatlichen Gesundheitsfürsorge*, in: dies. (Hrsg.) *Normative Aspekte von Public Health. Interdisziplinäre Perspektiven (Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat Band 55)*, Baden-Baden 2016, S. 37, 43 ff.

¹⁶⁸ Zu diesem Zusammenhang vgl. *Huster*, *Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit* (Fn. 163), S. 44 f.

¹⁶⁹ Vgl. dazu *Stefan Huster*, *Gesundheits- als Gesellschaftspolitik*, GGW 12 (2012), Heft 2, S. 24 ff.; *ders.*, *Akzeptierende Gesundheitsförderung braucht unterstützende Gesellschaftspolitik*, in: *Bettina Schmidt* (Hrsg.), *Akzeptierende Gesundheitsförderung. Unterstützung zwischen Einmischung und Vernachlässigung*, Weinheim 2014, S. 270 ff.

¹⁷⁰ In diesem Sinne bestätigt sich der traditionelle Verdacht, dass sozial- oder wohlfahrtsstaatliche Arrangements immer zu einem gewissen Paternalismus neigen; vgl. dazu im Zusammenhang der Public Health-Diskussion etwa *Volker H. Schmidt*, *Paternalismus non grata?*, in: *Huster/Schramme* (Fn. 167), S. 71, 73 f.

Dritter Eingriffe in die Lebensführung rechtfertigen.¹⁷¹ Im Kern muss es aber in einer freiheitlichen Ordnung die Entscheidung der Bürger bleiben, welche Mühen sie auf sich nehmen, um etwa ihre Gesundheit zu erhalten oder gar zu verbessern. Dabei handelt es sich um Prioritätsentscheidungen, die Vorstellungen des guten Lebens zum Ausdruck bringen und die den Staat daher im Grundsatz nichts angehen, soweit nicht die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit in nachvollziehbarer Weise nachteilig betroffen sind. Auch und gerade wenn die einschlägigen Freiheitsbeschränkungen marginal bleiben und daher einer Verhältnismäßigkeitskontrolle nicht recht zugänglich sind, zwingt das Neutralitätsgebot zu einer Begründung, die einen staatlichen Paternalismus hinsichtlich dieser ethischen Entscheidungen vermeidet – oder zumindest offenlegt und dadurch kritisierbar macht. Es mag sein, dass das Neutralitätsgebot in dieser Abwehr eines staatlichen Lebensführungs- und insbesondere Gesundheitspaternalismus einen wichtigen neuen Anwendungsbereich finden wird.

¹⁷¹ So hat BVerfGE 121, 317, 359, die gesamten Beschränkungen des Tabakkonsums in der Öffentlichkeit auf den Nichtraucherchutz zurückführen und dadurch gegen einen Paternalismusverdacht in Schutz nehmen wollen: „Die Raucher werden hierbei nicht in unzulässiger Weise bevormundet, ihnen wird insbesondere kein Schutz vor Selbstgefährdung aufgedrängt (...). Die Landesnichtraucherschutzgesetze zielen weder auf Suchtprävention noch auf den Schutz des Einzelnen vor sich selbst. Ihr Ziel ist vielmehr der Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens (...). Es geht um den Schutz der Gesundheit nicht des Rauchers, sondern der Gesundheit der anderen Personen, die in der jeweiligen Situation nicht selbst rauchen“. Ob dies redlich ist, mag man angesichts der Rigidität dieser Verbote und der Euphorie, mit der die Gesundheitspolitik über den Rückgang des Tabakkonsums berichtet, allerdings bezweifeln; vgl. *Stefan Huster*, Eigenverantwortung im Gesundheitsrecht, *Ethik in der Medizin* 22 (2010), S. 289, 294 ff.

Einleitung

Denn die Rede ist hier nicht von Glückseligkeit, die aus einer Stiftung oder Verwaltung des gemeinen Wesens für den Untertan zu erwarten steht; sondern allererst bloß vom Rechte, das dadurch einem jeden gesichert werden soll: welches das oberste Prinzip ist, von welchem alle Maximen, die ein gemeines Wesen betreffen, ausgehen müssen, und das durch kein anderes eingeschränkt wird. In Ansehung der ersteren (der Glückseligkeit) kann gar kein allgemein gültiger Grundsatz für Gesetze gegeben werden. Denn, so wohl die Zeitumstände, als auch der sehr einander widerstreitende und dabei immer veränderliche Wahn, worin jemand seine Glückseligkeit setzt (worin er sie aber setzen soll, kann ihm niemand vorschreiben), macht alle feste Grundsätze unmöglich, und zum Prinzip der Gesetzgebung für sich allein untauglich.

Immanuel Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, S. 154

Es gehört zu den prägenden Erfahrungen moderner Gemeinwesen, daß ihre Bürger von dem „sehr einander widerstreitenden und dabei immer veränderlichen Wahn, worin jemand seine Glückseligkeit setzt“, befallen sind. Die traditionelle liberale Lösung für diesen Pluralismus der Glückseligkeitsvorstellungen besteht in einer Unterscheidung: Die „Verwaltung des gemeinen Wesens“ beschränkt sich auf das „Rechte, das dadurch einem jeden gesichert werden soll“; „worin jemand seine Glückseligkeit setzt“, worin er also das für sich gute Leben findet, bleibt dagegen dem einzelnen Bürger überlassen. Auf der verfassungsrechtlichen Ebene entspricht diese Konzeption der Gewährleistung von Freiheits- und Gleichheitsrechten, die ein Gebot der staatlichen Neutralität gegenüber den widerstreitenden Vorstellungen des guten Lebens zum Ausdruck bringen und gleichzeitig auf diesem Gebot beruhen.

Allerdings ist diese liberale Lösung immer von Zweifeln begleitet worden, ob sich die Institutionen und Regeln des gerechten politischen Zusammenlebens von den Überzeugungen und Lebensformen der Bürger auf diese Weise trennen lassen. Ist nicht, so ließe sich fragen, die „Verwaltung des gemeinen Wesens“ auf gemeinsame Vorstellungen darüber angewiesen, „worin jemand seine Glückseligkeit setzt“? Und hängt nicht auch umgekehrt die Möglichkeit, diese Vorstellungen zu verwirklichen, von einer bestimmten „Verwaltung des gemeinen Wesens“ ab? Aus diesen – durchaus unterschiedlichen – Perspektiven stellt die staatliche Neutralität für die Integration des Gemeinwesens und die Realisierungsbedingungen der Konzeptionen des guten Lebens nicht die Lösung, sondern das Problem dar.

Angesichts dieser Fragen, die das Selbstverständnis des politischen Gemeinwesens in einem zentralen Punkt berühren, überrascht es nicht, daß das Gebot der staatlichen

Neutralität auch als Grundsatz des deutschen Verfassungsrechts umstritten war und ist. Ob und vor allem in welchem Sinne die staatliche Gewalt durch das Grundgesetz zu einer neutralen Haltung gegenüber den religiös-weltanschaulichen Überzeugungen und den entsprechenden Lebensformen der Bürger – wenn man so will: gegenüber ihrer jeweiligen Ethik – verpflichtet wird, kann keinesfalls als geklärt gelten.¹ Im Gegenteil: Wenn der Eindruck nicht täuscht, nehmen die politischen Auseinandersetzungen und die Rechtskonflikte zu, in denen ethische Orientierungsfragen von Bedeutung sind; gleichzeitig besteht immer weniger Einigkeit, wie sich das staatliche Recht in diesen Konflikten verhalten soll und ob das Neutralitätsgebot insoweit einen sinnvollen Maßstab darstellt. Man wird diese Entwicklung damit in Zusammenhang bringen dürfen, daß auch der gesellschaftliche Pluralismus in grundlegenden Fragen der Lebensorientierung eher zu- als abnimmt.

Eine Analyse des verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebotes kann aufgrund dieser Meinungsverschiedenheiten nicht auf eine gefestigte Dogmatik zurückgreifen;² dies macht eine grundsätzliche Herangehensweise erforderlich, die auf rechts- und sozialphilosophische Anregungen nicht von vornherein verzichtet, zumal diese in überreicher Fülle zur Verfügung stehen. Dabei wird die These vertreten, daß die grundlegenden Prinzipien individueller Freiheit und Gleichheit, wie sie im Grundgesetz verankert sind, tatsächlich ein Gebot der staatlichen Neutralität enthalten, das allerdings nicht – wie häufig unterstellt wird – auf die Wirkungen, sondern auf die Begründungen staatlichen Handelns zu beziehen ist. Diese Auffassung des verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebotes knüpft an zwei Einsichten klassischer liberaler Ordnungsvorstellungen an: daß „ihm niemand vorschreiben kann, worin jemand seine Glückseligkeit setzt“, und daß „in Ansehung der Glückseligkeit gar kein allgemein gültiger Grundsatz für Gesetze gegeben werden kann“. Sollten sich diese beiden Einsichten – die eine eher inhaltlicher, die andere eher struktureller Natur – als plausibel erweisen, so könnte dies zugleich als Indiz dafür gelten, daß ein liberaler Ansatz der Verfassungsinterpretation, nach dem die Verfassung dem staatlichen Handeln in Form individueller Rechte Grenzen setzt, hinsichtlich einer Verpflichtung auf die Verwirklichung gesellschaftspolitischer Zielvorstellungen aber Zurückhaltung übt, nach wie vor seine Berechtigung besitzt.

¹ Dies hat zuletzt etwa *Hufen*, NJW 1999, S. 1506, betont: Es sei „letztlich nicht geklärt (...), wieweit die weltanschauliche Neutralität dieses Staates“ gehe. Vgl. auch *Pirson*, in: FS Zacher, S. 743: „So sehr das Prinzip (der religiösen und weltanschaulichen Neutralität, S.H.) in seiner Allgemeinheit Anerkennung findet, so gering und unsicher ist der Konsens über die konkreten Folgen für die staatlichen Agenden in den unterschiedlichen Tätigkeitsfeldern.“

² Die bisher einzige monographische Behandlung, die zudem thematisch erheblich weiter ansetzt, hat das Neutralitätsgebot des Grundgesetzes bei *Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, gefunden.

Erster Teil
Grundlegung

1. Kapitel

Staatliche Neutralität als verfassungstheoretischer und verfassungsrechtlicher Schlüsselbegriff

A. Ethischer Pluralismus und staatliche Neutralität

I. Der ethische Pluralismus moderner freiheitlicher Gesellschaften

1. *Das Faktum des Pluralismus*

Moderne und freiheitliche Gesellschaften zeichnen sich dadurch aus, daß ihre Mitglieder in zentralen Aspekten der Lebensorientierung und Lebensführung nicht übereinstimmen. Wie man leben sollte und warum man so lebt, wie man es tut – auf diese Fragen werden unterschiedliche Antworten gegeben. Dabei ist nicht zu erwarten, daß dieser Pluralismus der Lebenskonzeptionen einen vorübergehenden oder zufälligen Zustand darstellt: Aller Erfahrung nach werden Menschen regelmäßig zu unterschiedlichen Sichtweisen und Interpretationen der Welt und ihrer Existenz gelangen, wenn diese Deutungsversuche nicht unterdrückt werden; die Fähigkeiten der menschlichen Vernunft scheinen zu begrenzt zu sein, um auf die grundlegenden Orientierungsfragen eine Antwort finden zu können, die auf allgemeine Zustimmung stößt.¹ Bei diesem Pluralismus dürfte es sich daher um eine konstante und geradezu konstitutive Eigenschaft moderner Gesellschaften handeln.²

In einer historischen Betrachtungsweise zeigt sich dieses „Faktum des Pluralismus“³ am deutlichsten im Bereich der weltanschaulichen Überzeugungen. Während sich traditionelle Sozialformen durch eine religiös-weltanschauliche Homogenität auszeichnen und sich maßgeblich über diese gemeinsame Glaubensgrundlage integrieren, finden sich in modernen Gesellschaften zahlreiche und unterschiedliche religiös-weltanschauliche Überzeugungen und Gemeinschaften. Dieser religiös-weltanschauliche Pluralismus, der den Kernbereich des Pluralismus moderner Gesellschaften darstellt, besitzt zudem eine starke Tendenz zur Erweiterung auf andere Elemente der Lebensführung. So hat das Bundesverfassungsgericht aus der verfassungsrechtlichen Verbürgung der Religions- und Weltanschauungsfreiheit das „Recht des Einzelnen“ abgeleitet, „sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszu-

¹ Vgl. dazu die Beschreibung der „Bürden der Vernunft“ bei *Rawls*, *Der Bereich des Politischen und der Gedanke eines übergreifenden Konsenses*, S. 336 ff.

² Vgl. dazu statt vieler nur *Berger/Luckmann*, *Modernität, Pluralismus und Sinnkrise*.

³ *Rawls*, *Der Gedanke eines übergreifenden Konsenses*, S. 298.

richten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln.⁴ Grundrechtsdogmatisch mag diese Auffassung problematisch sein;⁵ in der Sache enthält sie aber einen zutreffenden und wichtigen Gedanken: Wie jemand sein Leben gestalten will, hängt davon ab, worin er dessen Sinn findet und welche Dinge ihm aufgrund seiner Sicht der Welt wichtig sind,⁶ und umgekehrt bringt seine Lebensführung eine bestimmte grundlegende Sichtweise der Welt zum Ausdruck. Es existiert hier ein enger Zusammenhang zwischen Weltanschauung und Lebensführung im umfassenden Sinne; wie Menschen ihre Kinder erziehen, welche Art von Kunst sie produzieren oder rezipieren und in welchen Formen sie zusammenleben – in diesen Hinsichten wird die Lebensgestaltung von den jeweiligen „Glaubensüberzeugungen“ zumindest beeinflusst.

Das verbindende Element zwischen diesen Aspekten bildet der Bezug auf das eigene Leben: Es geht um die Frage, wie der einzelne leben will, worin er für sich das gelungene oder gute Leben findet.⁷ Es überrascht angesichts des religiös-weltanschaulichen Pluralismus nicht, daß moderne Gesellschaften auch hinsichtlich dieser umfassenden „Konzeptionen des Guten“⁸ durch eine Vielzahl von Ansichten und Gestaltungsformen charakterisiert sind. Daher bietet es sich an, von einem Pluralismusbegriff auszugehen, der diese Verbindung nicht ignoriert, sondern aufnimmt. Wenn im folgenden von Pluralismus die Rede ist, so soll damit gemeint sein, daß sich die Bürger in unserem Gemeinwesen in einer bestimmten Hinsicht unterscheiden: nämlich in ihren weltanschaulichen Überzeugungen und in ihren Vorstellungen, wie sie ihr eigenes Leben führen wollen. Folgt man der – inzwischen üblichen – Terminologie, nach der die Regeln und Vorstellungen, denen diese Konzeptionen des Guten folgen, mit dem Begriff der Ethik bezeichnet werden, so kann man diesen Umstand auch den *ethischen Pluralismus* moderner Gesellschaften nennen.⁹

⁴ BVerfGE 32, 98, 106. Vgl. ferner BVerfGE 30, 415, 423: Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gewährleiste „einen von staatlicher Einflußnahme freien Rechtsraum, in dem jeder sich eine Lebensform geben kann, die seiner religiösen und weltanschaulichen Überzeugung entspricht“.

⁵ Zur Diskussion vgl. unten S. 376 ff.

⁶ Zur Sinnfrage als der „existentiellen Schicht der Frage nach dem guten Leben“ vgl. Wolf, Die Philosophie und die Frage nach dem guten Leben, S. 19 ff.

⁷ Der Begriff des guten Lebens ist in der praktischen Philosophie der letzten Jahre intensiv diskutiert worden; vgl. dazu jetzt umfassend *Steinfath*, Orientierung am Guten; ferner die Beiträge in *ders.* (Hrsg.), Was ist ein gutes Leben?, und insbesondere Wolf, Die Philosophie und die Frage nach dem guten Leben.

⁸ Zu diesem Begriff vgl. *Rawls*, Gerechtigkeit als Fairneß: politisch und nicht metaphysisch, S. 278 ff. und passim.

⁹ Der Ethikbegriff ist in der praktischen Philosophie zur Unterscheidung von der Moral im engeren Sinne – die sich nicht auf die Gestaltung des individuellen, sondern des Zusammenleben bezieht – verbreitet; vgl. etwa *Habermas*, Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft, S. 100 ff.; *Strawson*, Gesellschaftliche Moral und persönliches Ideal, S. 320 und passim; zur Diskussion der Begriffe vgl. ferner *Seel*, Eine Ästhetik der Natur, S. 298 ff. Ob der Begriff der Ethik sehr glücklich gewählt ist, mag man im übrigen bezweifeln, da mit diesem Begriff häufig auch die Moralphilosophie als philosophische Disziplin oder gar die Moral selbst bezeichnet wird. Aufgrund seiner Üblichkeit wird hier gleichwohl an diesem Begriff zur Bezeichnung der Konzeptionen des Guten festgehalten. Im übrigen hängt – wie immer – an dieser Frage der Benennung von Begriffen nichts.

2. Begriffspräzisierungen

Daß eine Mehr- oder gar Vielzahl von Lebensformen existiert, ist eine notwendige, aber aus mehreren Gründen noch keine hinreichende Voraussetzung, um von einer Situation des ethischen Pluralismus sprechen zu können, wie sie für moderne Gesellschaften charakteristisch ist.

Zunächst: Unterschiedliche Lebensformen finden sich auch in stratifikatorischen Gesellschaften, die jedem Mitglied – etwa aufgrund seines Standes oder seines Geschlechts – eine bestimmte Stellung zuweisen. Hier fehlt es an dem Merkmal der prinzipiellen Offenheit: In einer pluralistischen Gesellschaft muß jedes Individuum die Möglichkeit besitzen, seine Lebensform selbst zu bestimmen.¹⁰

Ferner: Eine Gesellschaft ist erst dann im modernen Sinne pluralistisch, wenn unter den verschiedenen Lebensformen keine allgemein akzeptierte normative Rangfolge besteht: Ihre Mitglieder sind gerade uneinig darüber, welche Weltanschauung die wahre und welche Lebensform die richtige ist. Wenn dagegen in einer Gesellschaft eine Lebensform als die beste anerkannt ist, so daß alle anderen Arten der Lebensführung als gescheitert, jedenfalls aber als defizitär angesehen werden, fehlt es an der erforderlichen Pluralität der Maßstäbe des guten Lebens.¹¹

Schließlich: Die Pluralität der Lebensvorstellungen und -stile darf sich nicht in unbedeutenden Moden und Vorlieben erschöpfen. Ob man lieber Goethe oder Grisham liest, Bach oder die Beatles hört, Hosen oder Röcke trägt – dies sind zunächst allein Unterschiede in persönlichen Vorlieben, die noch keine pluralistische Gesellschaft ausmachen und nicht zu den für sie typischen Konflikten führen. Mehr noch: Selbst wenn in diesen Dingen weitgehende Konformität herrscht – wie eine konservativ gestimmte Kulturkritik der modernen Massengesellschaft nicht müde wird zu betonen¹² –, kann eine Gesellschaft pluralistisch sein. Denn dafür kommt es allein darauf an, daß in den tieferliegenden, für die Lebensführung zentralen Fragen Differenzen zwischen ihren Mitgliedern bestehen. Von einer pluralistischen Gesellschaft kann erst die Rede sein, wenn Fragen wie die nach dem Sinn des Lebens, nach der Existenz Gottes, nach der richtigen Art des privaten Zusammenlebens oder der sexuellen

¹⁰ Deshalb ist es eher mißverständlich und entspricht jedenfalls nicht dem hier verwendeten Pluralismusbegriff, wenn etwa *Bubner*, *Welche Rationalität bekommt der Gesellschaft?*, S. 36 ff., den Staatsentwurf Platons als ein „Plädoyer für Pluralismus“ interpretiert.

¹¹ Aus diesem Grunde kann auch die praktische Philosophie des Aristoteles, soweit sie eine eindeutige Rangordnung der Lebensformen enthält, nicht als pluralistisch im hier gemeinten Sinne aufgefaßt werden; vgl. dazu die Diskussion zwischen *Beiner*, *What's the Matter with Liberalism?*, S. 39 ff., und *Larmore*, *The Limits of Aristotelian Ethics*, S. 185 ff.; *ders.*, *Strukturen moralischer Komplexität*, S. 35 ff.

¹² Vgl. etwa *Beiner*, *What's the Matter with Liberalism?*, S. 23: „The official ideology of liberal society, endlessly expounded by liberal theorists, is of course diversity – the rich multiplicity of different conceptions of the good or of the ends of life. But when one actually surveys the liberal reality, what one sees is more and more sameness – of tastes, of clichéd perceptions of the world, of the glum ennui with which one reconciles oneself to the monolithic routines of our world. (...) Such is liberalism, with its shopping mall culture – where one has hundreds of shops to choose from, all of which sell the same junk.“ Kritisch dazu zuletzt etwa *Lübbe*, *Politische Organisation in der zivilisatorischen Evolution*, S. 24 ff.

Orientierung keine einhellige Antwort mehr finden und sich die Mitglieder in identitätsprägenden kulturellen Hinsichten unterscheiden. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen – und sogar wahrscheinlich –, daß sich die Uneinigkeit in diesen „starken Wertungen“¹³ und grundlegenden Aspekten auf die persönlichen Vorlieben auswirkt, indem sie diese mit einer weitergehenden Bedeutung auflädt: Was jemand liest, hört oder trägt, wird dann selbst zu einem Glaubensbekenntnis und zu einem wichtigen Abgrenzungsmerkmal gegenüber konkurrierenden Lebenseinstellungen.¹⁴

3. Die Abgrenzung zu anderen Pluralismusbegriffen

Der Begriff des ethischen Pluralismus kann weiter präzisiert und vor Mißverständnissen in Schutz genommen werden, wenn er von anderen Pluralismusbegriffen abgegrenzt wird, die verwandte, aber doch zu unterscheidenden Phänomene bezeichnen.¹⁵

a) Die Pluralismustheorie

Dies gilt zunächst für die sog. Pluralismustheorie.¹⁶ Sie geht – mit zahlreichen Unterschieden im einzelnen – von dem gesellschaftlichen Gruppenpluralismus aus, der sich in dem Wirken intermediärer Kräfte – vor allem der politischen Parteien und der Interessenverbände – Geltung verschafft. Als normative politische Theorie betont sie die Legitimität dieses Wirkens bei der Auffindung des – nur a posteriori zu ermittelnden – Gemeinwohls. In ihren früheren Formen verbindet sich diese Zielrichtung mit antietatistischen Tendenzen; spätere neopluralistische Ansätze vermeiden dies und konstruieren Grenzen des Pluralismus, indem sie einen unstreitigen Sektor von Verfahrensregeln, aber auch inhaltlichen regulativen Ideen postulieren, der der Parteien- und Verbändekonkurrenz entzogen bleiben soll.¹⁷

Der hier in Anspruch genommene Pluralismusbegriff unterscheidet sich in mindestens zwei Punkten von dem Begriff des ethischen Pluralismus.¹⁸ Zunächst bezieht sich die Pluralismustheorie nicht spezifisch auf die Unterschiedlichkeit der Weltanschauungen und Lebensformen, sondern auf den Pluralismus der politischen Über-

¹³ Zu diesem Begriff vgl. *Taylor*, Was ist menschliches Handeln?, S. 9 ff.

¹⁴ Zur Parallelisierung von kulturellen Vorlieben und Lebenseinstellungen vgl. die umfangreiche Studie von *Schulze*, Die Erlebnisgesellschaft.

¹⁵ Zu den unterschiedlichen Dimensionen und Gehalten des Pluralismusbegriffs vgl. nur *Höffe*, Pluralismus und Toleranz, S. 105 ff.; *Nipkow*, Bildung in einer pluralen Welt, Bd. 1, S. 29 ff.; *Oksenberg Rorty*, Review of *Metaphysics* 44 (1990), S. 4 ff.

¹⁶ Vgl. dazu aus der unübersehbaren Literatur zur Einführung *Steffani*, Artikel ‚Pluralismus‘, S. 617 ff. Gute Darstellung aus verfassungstheoretischer Sicht bei *v. Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 103 ff. m. w. N.; vgl. auch *Denninger*, Staatsrecht 1, S. 31 ff.

¹⁷ Vgl. vor allem *Fraenkel*, Deutschland und die westlichen Demokratien, S. 65 ff.; *ders.*, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, S. 300 f. Zu ihm aus verfassungstheoretischer Sicht jetzt *Brugger*, Theorie und Verfassung des Pluralismus, S. 273 ff.

¹⁸ Zu den Folgen, die es hat, wenn diese Unterschiede nicht beachtet werden, vgl. unten S. 112 ff. Insoweit eher mißverständlich auch zuletzt etwa *Nickel*, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, S. 17.

zeugungen und Interessen. Dieser politische Interessenpluralismus kann, muß aber nicht die Folge eines ethischen Pluralismus sein: Auch die Mitglieder einer ethisch homogenen Gesellschaften können und werden in der Regel Interessen und politische Ansichten besitzen, die miteinander in Konflikt stehen; ebenso ist es möglich, daß Menschen, die unterschiedliche Ideale des guten Lebens vertreten, auf der Ebene der politischen Überzeugungen weithin übereinstimmen.

Damit hängt ein zweiter Punkt zusammen: Die Pluralismustheorie beansprucht, die Frage zu beantworten, wie die politische Ordnung auf die Pluralität der Interessen reagieren soll; sie ist daher eine normative politische Theorie.¹⁹ Der Begriff des ethischen Pluralismus ist dagegen zunächst ein rein deskriptiver Begriff: Er beschreibt einen gesellschaftlichen Zustand, ohne diesen zu bewerten oder politische Folgerungen nahezulegen.

b) Die Theorie des Wertpluralismus

Von dem Begriff des ethischen Pluralismus ist auch ein Pluralismusbegriff zu unterscheiden, der gelegentlich in philosophischen Kontexten verwendet wird. Hier ist unter Pluralismus zu verstehen, daß – wie es ein prominenter Vertreter dieser Position ausgedrückt hat –

„das Leben eine Pluralität von Werten hervorbringt, die gleichermaßen echt, gleichermaßen endgültig und vor allem gleichermaßen objektiv sind; die sich deshalb nicht in einer zeitlosen Hierarchie anordnen oder an Hand eines einzigen absoluten Kriteriums beurteilen lassen. Es gibt eine endliche Vielfalt von Werten und Einstellungen, von denen sich die verschiedenen Gesellschaften diese oder jene zu eigen gemacht haben – Werte und Einstellungen, die die Angehörigen anderer Gesellschaften (im Lichte ihrer eigenen Wertsysteme) bewundern oder auch verurteilen mögen, die sie aber stets, wenn sie über genügend Vorstellungskraft verfügen und sich Mühe geben, verstehen können, und verstehen bedeutet hier erkennen, wie und warum Menschen, die in einer bestimmten Situation sind, sich solche Lebensziele zu eigen machen können. (...) Man bezeichnet diese Lehre als Pluralismus. Es gibt viele objektive Ziele, viele letzte Werte, darunter auch solche, die nicht miteinander übereinstimmen – Ziele und Werte, die von verschiedenen Gesellschaften zu unterschiedlichen Zeiten angestrebt werden, von verschiedenen Gruppen innerhalb derselben Gesellschaft, von ganzen Klassen oder Kirchen oder Rassen oder Individuen, wobei jede dieser Gruppen mit den widerstreitenden Ansprüchen von Zielen konfrontiert werden kann, die sich nicht miteinander verbinden lassen, die jedoch gleichermaßen endgültig und objektiv sind.“²⁰

Diese – wie sie häufig genannt wird – Theorie des Wertpluralismus²¹ hat eine gewisse Ähnlichkeit mit der These des ethischen Pluralismus. Beide Begriffe beziehen sich auf die Weltanschauungen und Ideale, an denen Menschen ihr Leben ausrichten. Der Wertpluralismus ist eine Behauptung darüber, daß verschiedene Werte existieren; der ethische Pluralismus besagt, daß die Mitglieder moderner Gesellschaften unterschiedlichen Wertvorstellungen anhängen. Die Theorie des Wertpluralismus läßt sich

¹⁹ Vgl. dazu die in Fn. 17 zitierten Schriften von *Fraenkel*.

²⁰ *Berlin*, Der angebliche Relativismus des europäischen Denkens im 18. Jahrhundert, S. 108 f. Vgl. auch *ders.*, Das Streben nach dem Ideal, S. 26 ff.; *ders.*, Two Concepts of Liberty, S. 167 ff.; *ders.*, John Stuart Mill and the Ends of Life, S. 173 ff.

²¹ Vgl. nur *Wall*, Liberalism, Perfectionism and Restraint, S. 18 („value pluralism“).

daher auch als Versuch verstehen, die Entstehung des ethischen Pluralismus zu erklären.

An diesem Punkt tritt aber auch ein wichtiger Unterschied zwischen beiden Begriffen zutage, der es ratsam erscheinen läßt, sie sorgfältig zu unterscheiden: Der ethische Pluralismus ist nämlich auf die wertpluralistische Erklärung seiner eigenen Entstehung keineswegs festgelegt. Über die Ursachen dafür, daß wir in einer weltanschaulich heterogenen Gesellschaft leben, kann man unterschiedlicher Meinung sein; so ist es etwa auch denkbar, daß es einen einzigen Wert gibt, an dem man sein Leben ausrichten sollte, dieser Wert aber – aus welchen Gründen auch immer – (noch) nicht von allen Menschen erkannt wird. Daß die Behauptung des ethischen Pluralismus nicht mit einer Entscheidung des philosophischen Streits zwischen Wertpluralismus und Wertmonismus belastet wird, hat seinen Sinn darin, daß dieser Streit selbst einen Bestandteil des ethischen Pluralismus ausmacht:²² Manchen Mitgliedern unserer Gesellschaft leuchtet eine wertpluralistische Deutung der menschlichen Situation ein; sie werden dann den Umstand, daß sie eine Pluralität der Werte sowohl in ihrer eigenen Lebenskonzeption als auch in ihrer gesellschaftlichen Umgebung wahrnehmen, vermutlich weder erstaunlich noch gar anstößig finden. Aber es sind auch andere Einstellungen denkbar, in denen der ethische Pluralismus als Verfallserscheinung oder als Durchgangsstadium zur Entdeckung der einzigen wahren Weltanschauung und Lebensform erscheint. Soll die These des ethischen Pluralismus auch für Menschen akzeptabel sein, die derartigen monistischen Modellen anhängen, so muß sie möglichst sparsam formuliert werden, und das heißt hier: so formuliert werden, daß sie auch mit wertmonistischen Vorstellungen vereinbar ist.

II. Das Ordnungsmodell der staatlichen Neutralität

1. Die Unterscheidung zwischen dem Rechten und dem Guten

Politische Ordnungen besitzen vielfältige Möglichkeiten, auf eine Situation des ethischen Pluralismus zu reagieren. Soweit sich diese Ordnungen einer religiös-weltanschaulichen Legitimation bedienen, liegt es nahe, daß sie eine ethische Homogenität des Gemeinwesens zu gewährleisten versuchen und daher abweichende Überzeugungen und Lebensformen nicht zulassen. Die freiheitlichen Verfassungsstaaten der Gegenwart haben einen anderen Weg beschritten: Sie identifizieren sich nicht mehr mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, sondern entkoppeln tendenziell die politischen Ordnungsprobleme von ethischen Überzeugungen und Einstellungen. So gehört es geradezu zu den Entstehungsmythen kontinentaleuropäischer Staatlichkeit, daß sich der moderne Staat aus der Emanzipation der politischen Ordnung von religiös-weltanschaulichen Wahrheitsansprüchen und in diesem Sinne aus einem Prozeß der Säkularisierung entwickelt hat.²³

²² Vgl. dazu vor allem *Larmore*, *Pluralism and Reasonable Disagreement*, S. 173 f.

²³ Vgl. dazu grundlegend und wirkungsmächtig *Böckenförde*, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, S. 92 ff.; ferner etwa *Isensee*, in: *HdBStR I*, § 13 Rn. 46 ff.; *Schlaich*,

Diese Entwicklung hat insbesondere dazu geführt, daß Fragen der Weltanschauung und der Lebensführung in die individuelle Freiheit entlassen wurden. Die verfassungsrechtliche Positivierung der Freiheitsrechte mit ethischem Bezug bringt diese Grundentscheidung zum Ausdruck: Sie gewährleisten dem einzelnen das Recht, in Fragen der Weltanschauung und der Lebensführung seiner eigenen Entscheidung zu folgen. Staatliche Eingriffe in diese Freiheit können grundsätzlich nicht mehr darauf gestützt werden, daß eine weltanschauliche Auffassung falsch und eine bestimmte Lebensführung verfehlt sei; sie sind lediglich zulässig, um die freie und gleichberechtigte Koexistenz der verschiedenen Überzeugungen und Lebensformen zu ermöglichen.

Die freiheitsrechtlichen Gewährleistungen enthalten daher eine Unterscheidung. Auf der einen Seite gibt es Regeln, die dem Schutz und dem friedlichen Zusammenleben der unterschiedlichen Überzeugungen und Lebensformen dienen und die daher für alle Bürger verbindlich sein müssen. Diese Rahmenordnung bildet den Kern des staatlichen Rechts. In ihr kommt – vorläufig formuliert – eine politische Minimalmoral zum Ausdruck, die von allen ethischen Überzeugungen akzeptiert werden muß – und auch akzeptiert werden kann, weil diese Normen keine ethische Vorentscheidung enthalten, sondern lediglich einen gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Überzeugungen und Lebensformen gewährleisten. Man kann diese Normen daher auch die Regeln des Richtigen, des Rechten oder *das Rechte* nennen.²⁴ Auf der anderen Seite stehen die Vorstellungen der Bürger, wie man die Freiheit, die die Rahmenordnung des Rechten garantiert, nutzen sollte. Das staatliche Recht enthält sich dazu einer Stellungnahme und überläßt dies der individuellen ethischen Entscheidung; die Bürger können sich daher an den Vorgaben orientieren, die sich aus ihrer jeweiligen Konzeption des Guten ergeben. Diese Vorgaben sind – rechtlich gesehen – nicht allgemein verbindlich; sie beziehen sich allein auf die Frage, wie der einzelne sein Leben führen will und worin er das für sich gute Leben sieht. Daher werden sie auch als Konzeptionen des Guten oder als *das Gute* bezeichnet.²⁵

Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, S. 26 ff. Darstellung und kritische Diskussion dieses Ansatzes zuletzt bei *Dreier*, JZ 2002, S. 6 ff.; *Möllers*, Staat als Argument, S. 214 ff.

²⁴ Die hier und im folgenden Absatz eingeführte Terminologie hat sich in der Sozialphilosophie weithin durchgesetzt; vgl. nur *Seel*, Das Gute und das Richtige, S. 219 ff. Daneben finden sich auch andere Begriffsbildungen mit gleichem oder ähnlichem Gehalt; so unterscheidet etwa *Habermas*, Moralität und Sittlichkeit, S. 25, „normative Aussagen über präsumptiv ‚gerechte‘ Handlungen oder Normen (...) von evaluativen Aussagen über Aspekte dessen, was wir als ‚gutes‘ Leben im Rahmen unserer jeweiligen kulturellen Überlieferung bloß präferieren.“

²⁵ Zu der hier getroffenen Unterscheidung vgl. auch *Alexy*, Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, S. 35: „Es besteht eine fundamentale Differenz zwischen der Frage ‚Wie will ich leben‘ und der Frage ‚Wie wollen wir leben?‘ Die Antwort auf die erste Frage ist eine persönliche moralische Konzeption, die eine Vorstellung des für mich guten Lebens einschließt. Die Antwort auf die zweite Frage ist eine öffentliche moralische Konzeption, die eine gemeinsame Vorstellung über gerechte Bedingungen sozialer Kooperation in einer Welt, die durch das Faktum des Pluralismus gekennzeichnet ist, zum Ausdruck bringt.“

2. Die Funktion des Neutralitätsbegriffs

Auf diese Unterscheidung zwischen dem Rechten und dem Guten läßt sich nun in einer ersten Annäherung der Begriff der staatlichen Neutralität beziehen: Von staatlicher Neutralität soll hier die Rede sein, wenn die Legitimation der staatlichen Ordnung und des staatlichen Handelns nicht auf einer bestimmten Konzeption des Guten beruht, sondern von diesen Konzeptionen unabhängig ist. Normativ gewendet: Das entsprechende Gebot der staatlichen Neutralität verlangt, daß der Staat auf eine Bewertung der Konzeptionen des Guten grundsätzlich verzichtet und sich darauf beschränkt, eine Ordnung für das friedliche und gerechte Zusammenleben der unterschiedlichen Überzeugungen und Lebensformen zu gewährleisten. Soweit sich diese Unabhängigkeit des Rechten von den Konzeptionen des Guten lediglich auf die religiös-weltanschaulichen Lehren und Wahrheitsansprüche im engeren Sinne bezieht, entspricht sie dem Grundsatz der *religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates*; erstreckt sie sich auch auf die unterschiedlichen Lebensformen und ethischen Einstellungen in einem umfassenden Sinne, kann man von der *ethischen Neutralität des Staates* sprechen.²⁶ Der Neutralitätsbegriff übernimmt damit die Funktion, ein bestimmtes Modell des Verhältnisses von staatlicher Ordnung und gesellschaftlichem Pluralismus in religiös-weltanschaulichen und ethischen Fragen zu beschreiben.

III. Der Neutralitätsbegriff im Verfassungsrecht

Eine entsprechende Verwendung des Neutralitätsbegriffs läßt sich im deutschen Verfassungsrecht nachweisen. Verfassungsrechtsprechung und -wissenschaft haben in zahlreichen Rechtsbereichen mit religiös-weltanschaulichen und ethischen Bezügen auf einen Grundsatz oder ein Gebot der staatlichen Neutralität zurückgegriffen. Allerdings wird bereits bei einem ersten Überblick deutlich, daß Anwendungsbereich, Gehalt und Begründung dieses Gebotes keineswegs als geklärt gelten können.

1. Der Neutralitätsbegriff im Religionsverfassungsrecht

Die verfassungsrechtliche Karriere des Neutralitätsbegriffs beginnt im Religionsverfassungsrecht.²⁷ Kaum eine Gerichtsentscheidung oder wissenschaftliche Äußerung

²⁶ Der Begriff der ethischen Neutralität wird zur Bezeichnung des hier beschriebenen Umstandes etwa auch bei *Forst*, Kontexte der Gerechtigkeit, S. 55 ff.; *Habermas*, Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat, S. 164 ff.; *Kersting*, Liberalismus und Kommunitarismus, S. 424; *ders.*, Wohlgeordnete Freiheit, S. 57, verwendet. Eine sehr viel weitere, auf normative Vorgaben im allgemeinen bezogene Bedeutung besitzt der Begriff der „ethischen Neutralität des Verfassungsstaates“ dagegen bei *Link*, in: VVDStRL 48 (1990), S. 33 f.; dies hängt mit der bereits erwähnten (vgl. oben Fn. 9) Mehrdeutigkeit des Ethikbegriffs zusammen.

²⁷ Der Begriff des Religions(verfassungs)rechts umfaßt diejenigen Normen des Grundgesetzes, die die individuellen Rechte in Bezug auf religiös-weltanschauliche Fragen enthalten und das Verhältnis des Staates zu den Religionsgemeinschaften regeln. Zur Bezeichnung dieses Normbestandes ist dieser Begriff eher geeignet als der traditionelle und seinem Wortsinn nach engere Begriff des Staatskirchenrechts; inhaltliche Vorentscheidungen sind mit seiner Verwendung aber nicht beabsichtigt. Zur Diskussion der beiden Begriffe vgl. zuletzt etwa *Görtsch*, NVwZ 2001, S. 885 ff.;

zu Fragen der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) und des Staatskirchenrechts (Art. 140 GG) verzichtet darauf, das Gebot der staatlichen Neutralität oder zumindest den Neutralitätsbegriff affirmativ heranzuziehen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung bereits frühzeitig von dem Begriff der staatlichen Neutralität Gebrauch gemacht. So heißt es in der Entscheidung zur Glaubensabwerbung schlicht, der „weltanschaulich neutrale Staat“ könne und dürfe den Inhalt der Religionsfreiheit „nicht näher bestimmen“.²⁸ Bereits an dieser Entscheidung fällt zweierlei auf, das für die weitere Entwicklung des Begriffs prägend bleiben sollte: Zum einen kommt der Neutralitätsbegriff hier ins Spiel, ohne daß auch nur der Versuch einer verfassungsrechtlichen Ableitung unternommen wird.²⁹ Dieser unvermittelte Rückgriff auf den „weltanschaulich neutralen“ Charakter des Staates wirft die Frage nach der *Begründung* eines Begriffs auf, der hier offensichtlich als Rechtsbegriff verwendet wird, im Grundgesetz aber keine ausdrückliche Erwähnung gefunden hat. Zum anderen – und damit in engem Zusammenhang stehend – läßt die Entscheidung offen, was mit dieser Charakterisierung in der Sache gewonnen ist. Zwar heißt es, der neutrale Staat dürfe „den Glauben oder Unglauben seiner Bürger nicht bewerten“; gleichzeitig ist das Verfassungsgericht aber der Ansicht, das Grundgesetz habe „nicht irgendeine, wie auch immer geartete freie Betätigung des Glaubens schützen wollen, sondern nur diejenige, die sich bei den heutigen Kulturvölkern auf dem Boden gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen herausgebildet hat.“³⁰ Letztere Behauptung paßt aber weder mit dem Bewertungsverbot noch mit dem Neutralitätsbegriff ohne weiteres zusammen, so daß sich die Frage nach dem *Gehalt* des Neutralitätsgebots stellt.

Trotz dieser Geburtsfehler hat das Bundesverfassungsgericht in der Folgezeit den Neutralitätsbegriff an zentralen Gelenkstellen seiner Entscheidungen und in mannigfachen Variationen herangezogen.³¹ Seinen – im Grundsatz bis heute gültigen – An-

Hense, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht: mehr als ein Streit um Begriffe?, S. 9 ff.; *Walter*, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, S. 215 ff.; *Weber*, in: FS Maurer, S. 469 f.

²⁸ BVerfGE 12, 1, 4.

²⁹ Ebenfalls noch ohne jeden Begründungsversuch BVerfGE 18, 385, 386; 19, 1, 8.

³⁰ BVerfGE 12, 1, 4.

³¹ Aus der Rechtsprechung zu Art. 4 GG und zum Staatskirchenrecht vgl. BVerfGE 24, 236, 246 f. („für den Staat verbindlichen Gebot weltanschaulich-religiöser Neutralität“, „der religiös-neutrale Staat“); 30, 415, 421 f. („der nach dem Grundgesetz bestehenden Verpflichtung des Staates zur weltanschaulich-religiösen Neutralität“, „Gebot staatlicher Neutralität im kirchlichen Bereich“); 32, 98, 106 („dem für den Staat verbindlichen Gebot weltanschaulich-religiöser Neutralität“); 33, 23, 27 f. („Gebot staatlicher Neutralität in Fragen des Glaubens und der Weltanschauung“, „für den Staat verbindlichen Gebot weltanschaulich-religiöser Neutralität“); 41, 29, 50 („religiöse und weltanschauliche Neutralität“); 42, 312, 330 („Der Staat wird ‚säkularisierter Staat‘, später ‚weltanschaulich neutraler Staat‘“); 44, 37, 52 („der vom Grundgesetz konstituierten staatskirchenrechtlichen Ordnung, die auf der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates [...] beruht“); 44, 103, 104 („der weltanschaulich neutrale Kultur- und Sozialstaat“); 74, 244, 252 („der religiös neutrale Staat“); 93, 1, 16 („Aus der Glaubensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG folgt [...] der Grundsatz staatlicher Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Religionen und Bekenntnissen. Der Staat, in dem Anhänger unterschiedlicher oder gar gegensätzlicher religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen zusammenleben, kann die friedliche Koexistenz nur gewährleisten,

satz zur verfassungsrechtlichen Ableitung des Neutralitätsgebotes fand das Gericht in der Entscheidung zur Kirchenbausteuer:

„Das Grundgesetz legt durch Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG sowie durch Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG dem Staat als Heimstatt aller Staatsbürger ohne Ansehen der Person weltanschaulich-religiöse Neutralität auf.“³²

Diese oder eine leicht variierte Normenkette muß seitdem – zusammen mit dem Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung – die Begründungslast tragen. Auch die Ausführungen zum sachlichen Gehalt des Neutralitätsgebotes sind eher vage geblieben.³³

Die einschlägigen Darstellungen der Religionsfreiheit und des Staatskirchenrechts sind dem Bundesverfassungsgericht in der Verwendung des Neutralitätsbegriffs gefolgt.³⁴ Gelegentlich wird die Neutralität des Staates in weltanschaulich-religiösen Fragen auch mit der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung gebracht.³⁵

2. Der Neutralitätsbegriff in anderen Rechtsbereichen mit ethischem Bezug

Das Bundesverfassungsgericht hat den Begriff der staatlichen Neutralität nur sehr zurückhaltend für andere Rechtsbereiche mit weltanschaulichem oder allgemein ethischem Bezug fruchtbar zu machen versucht. In einem engen Zusammenhang mit der Rechtsprechung zum Religionsverfassungsrecht stehen die Entscheidungen zu Fragen des Schulrechts, auch soweit diese über die religionsbezogene Ausrichtung

wenn er selber in Glaubensfragen Neutralität bewahrt“); 99, 100, 126 („Grundsatz staatlicher Neutralität gegenüber den Religionen und Bekenntnissen“); BVerfGE 102, 370, 386 ff. („Grundsatz staatlicher Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Religionen und Bekenntnissen“, „Grenzen [...], die dem Staat bei der Bewertung religiöser Lebensäußerungen durch das Gebot der Neutralität gezogen sind“, „religiös-weltanschaulich neutralen Staat“, „der auf Neutralität und Parität bedachten Verfassung“); BVerfG, NVwZ 2001, S. 916 („staatskirchenrechtliche Grundsätze von Neutralität und Parität“ als „Strukturvorgaben staatlicher Ordnung“).

³² BVerfGE 19, 206, 216.

³³ Ebenso die Einschätzung bei *Czermak*, KJ 2000, S. 233; und *Pirson*, in: FS Zacher, S. 743.

³⁴ Einige Nachweise, die sich auf grundlegende Darstellungen in Kommentaren und Handbüchern beschränken: *Badura*, in: HdbStKirchR I, S. 223 ff.; v. *Campenhausen*, in: HdbStKirchR I, S. 77 ff.; *ders.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 140 Rn. 15 ff.; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rn. 19 f.; *Jeand’Heur/Korioth*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, Rn. 166 f. und passim; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 140 Rn. 43 ff.; *Mikat*, in: HdBVerfR, 2. Aufl., § 29 Rn. 8 ff.; *Morlok*, in: Dreier, GGK I, Art. 4 Rn. 121 ff.; *ders.*, in: Dreier, GGK III, Art. 140 Rn. 33 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 4 Abs. 1, 2 Rn. 21; *Winter*, Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 51 ff.; *Zippelius*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 4 Rn. 19 ff.

³⁵ Vgl. *Hollerbach*, in: HdBStR VI, § 138 Rn. 89; *Rux*, Der Staat 35 (1996), S. 550 Fn. 120. BVerfGE 102, 370, 393 f., ordnet das Gebot staatlicher Neutralität in religiös-weltanschaulichen Fragen jetzt den „Grundsätzen des freiheitlichen Staatskirchenrechts“ des Grundgesetzes zu, die eine Religionsgemeinschaft – ebenso wie die Grundsätze des Art. 79 Abs. 3 GG und die „fundamentalen Rechte der Person“ – achten muß, wenn sie die Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts begehrt. Eine „in religiöser Sicht neutrale(n) staatliche(n) Ordnung“ betrachtet *Hofmann*, EuR 1999, S. 719, als „unabdingbaren rechtlichen Bestandteil“ der politisch-kulturellen europäischen Identität.

des Schulwesens hinausreichen.³⁶ Eine interessante Wendung findet sich nun in dem zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch, wenn es dort heißt, das Lebensrecht des Nasciturus gelte „unabhängig von bestimmten religiösen oder philosophischen Überzeugungen, über die der Rechtsordnung eines religiös-weltanschaulich neutralen Staates kein Urteil zusteht.“³⁷

Die Fachgerichtsbarkeiten und die Literatur haben das Neutralitätsgebot dagegen sehr viel unbefangener in verwandte Rechtsgebiete transportiert. Die Palette der Anwendungsfälle reicht – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – von der Kunstfreiheit³⁸ über die Wissenschaftsfreiheit³⁹ bis hin zur Erziehungs-⁴⁰ und Informationstätigkeit des Staates;⁴¹ zur Begründung wird insoweit regelmäßig auf das für den jeweiligen Rechtsbereich einschlägige Freiheitsrecht verwiesen. Eine einheitliche Dogmatik hat sich allerdings nicht herausgebildet; gelegentlich wird insoweit auch die Existenz eines verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebotes ausdrücklich bestritten.⁴²

3. Neutralität als grundlegendes Merkmal grundgesetzlicher Staatlichkeit

Über seine konkrete dogmatische Verwendung hinaus dient der Neutralitätsbegriff in verfassungsrechtlichen und -theoretischen Ausführungen häufig dazu, den Staat des Grundgesetzes in seiner Gesamtheit zu charakterisieren.⁴³ Abgewehrt werden dadurch Versuche, dem Grundgesetz und seinen zentralen Begriffen ein bestimmtes

³⁶ Vgl. BVerfGE 27, 195, 201, zum Sinn der Privatschulfreiheit des Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG: „Dieses Offensein des Staates für die Vielfalt der Formen und Inhalte, in denen Schule sich darstellen kann, entspricht den Wertvorstellungen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, die sich zur Würde des Menschen und zur religiösen und weltanschaulichen Neutralität bekennt.“; BVerfGE 75, 40, 62, und 88, 40, 46: „Die Privatschulfreiheit ist dabei auch im Hinblick auf das Bekenntnis des Grundgesetzes (...) zur religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates (...) zu würdigen.“; BVerfG, NVwZ 1990, S. 54, zur Zulassung von Schulbüchern: „Das heißt (...), daß der Staat hinreichende Neutralität und Toleranz wahren und die erzieherischen Vorstellungen der Eltern (...) achten muß.“

³⁷ BVerfGE 88, 203, 252.

³⁸ Vgl. nur besonders dezidiert *Knies*, Schranken der Kunstfreiheit, S. 170 ff.; *Mahrenholz*, in: HdBVerfR, 2. Aufl., § 26 Rn. 135 ff. Näher dazu unten 5. Kap.

³⁹ Vgl. *Papier*, NuR 1991, S. 168: „staatliche Verpflichtung zu wissenschafts- und forschungspolitischer Neutralität“; ebenso jetzt *Kloepfer/Rossi*, JZ 1998, S. 377. Ebenfalls mit Bezug auf die Wissenschaftsfreiheit *Oppermann*, in: HdbStR VI, § 145 Rn. 24: „Pflicht des Staates zu kulturpolitischer Neutralität und Toleranz“. Vgl. ferner *Kriele*, NJW 1976, S. 357: „Dieses Grundrecht (der Wissenschaftsfreiheit, S.H.) gewährleistet auch den fundamentalen Verfassungsgrundsatz der ‚Nichtidentifikation‘, d.h.: Der Staat kann sich nicht mit konfessionellen, wissenschaftlichen oder anderen umstrittenen geistigen Standorten identifizieren“. Vgl. dazu auch *ders.*, in: HdBVerfR, 1. Aufl., S. 151; und *Steiger*, in: FS Schelsky, S. 667. Umfassend zu einem Gebot der staatlichen Nicht-Identifikation mit bestimmten Technologien jetzt *Bohne*, NVwZ 1999, S. 5 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu ausführlich unten 4. Kap.

⁴¹ Vgl. *Gramm*, Der Staat 30 (1991), S. 74 ff.; *ders.*, NJW 1989, S. 2923 ff.; *Vierhaus*, Umweltbewußtsein von oben, S. 460 ff., 464 ff.

⁴² Vgl. zuletzt etwa *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, S. 233: „Das GG kennt kein allgemeines Neutralitätsgebot, insbesondere kein kulturelles Neutralitätsgebot.“

⁴³ Vgl. etwa *Gröschner*, JZ 1996, S. 637 ff.; *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 331 ff.

ideologisches Fundament zu unterlegen. Vor allem Ansätze in der älteren Literatur, eine mehr oder weniger deutliche christliche Prägung des Staates in das Grundgesetz hineinzulesen,⁴⁴ wurden unter Hinweis auf das Neutralitätsgebot zurückgewiesen.⁴⁵ Aber auch Interpretationen der Verfassung, die unvermittelt auf säkulare rechts- und sozialphilosophische Theorien zurückgreifen, müssen sich entgegenhalten lassen, mit dem „Gebot einer weltanschaulich neutralen, jeden fundamentalistischen ‚-ismus‘ vermeidenden (...) Ordnung“ nicht vereinbar zu sein.⁴⁶

In welchem Maße der Neutralitätsgrundsatz das Selbstverständnis der Verfassungsrechtswissenschaft und -theorie prägt, zeigt sich am Umgang mit Bestandteilen der Verfassung, die – zumindest auf den ersten Blick – die Absicht zu verfolgen scheinen, dem politischen Gemeinwesen eine bestimmte ideologische oder weltanschauliche Grundorientierung zugrunde zu legen. So spricht die Präambel des Grundgesetzes immerhin von der „Verantwortung vor Gott“, und es ist – auch und gerade, wenn man dies als Hinweis auf die tatsächliche Motivation des historischen Verfassungsgebers versteht – nicht fernliegend, hier zunächst an den Gott im christlichen Verständ-

⁴⁴ Aus dem älteren Schrifttum vgl. nur *v. Hippel*, Allgemeine Staatslehre, S. 264, dessen Ausführungen zu „Staat und Religion“ (a.a.O., S. 258 ff.) in die These münden, der Staat müsse als ein „christlicher“ gedacht werden, da „die Verbindung des Staates mit der Religion nicht ausgeschlossen werden (kann), da sich nur fragt, mit welcher Religion er verbunden ist – denn auch der Unglaube des Materialismus stellt eine solche dar –, so kann als maßgeblich im Bereich Europas hier offenbar nur das Christentum in Frage kommen.“ Zumindest mißverständlich auch die Ausführungen bei *Hamel*, Glaubens- und Gewissensfreiheit, S. 79 ff.: „Eine Freiheit für alle Bekenntnisse (...) ist unmöglich. (...) Es handelt sich um die ‚fundamenta fidei‘, die den christlichen Konfessionen und den – genuin christlichen – humanistischen Weltanschauungen, dem ‚philosophischen Glauben‘, gemeinsam sind. Jede Gemeinschaft besteht durch Bekenntnis zu letzten moralischen Fundamenten, die nicht intellektuell begriffen, sondern nur durch religiösen oder philosophischen Glauben erfahren werden. Die Freiheit des Bekenntnisses, der Bezeugung der Wahrheit, ist daher nur in den Grenzen dieser Fundamente möglich, die in der Rechtsüberzeugung der Bevölkerung wurzeln (...). In der Öffentlichkeit dürfen aber auch religiöse Zeichen und Symbole, die die christlichen und humanitären Fundamente unserer Gemeinschaft angreifen, nicht errichtet, Rufe und Riten dieser Art nicht vollzogen werden; insbesondere darf und muß der Bau heidnischer Tempel, die als solche öffentlich erkennbar sind und damit einen militanten Einbruch in jene geistigen Fundamente unserer Ordnung enthalten, verhindert werden.“ (Hervorhebungen weggelassen) Zur Kritik vgl. *Podlech*, AöR 88 (1963), S. 186 ff., und die Antwort von *Hamel*, AöR 89 (1964), S. 322 ff. Daß *Hamel*s Position „ganz bestimmt (...) gegen Art. 3 Abs. 3 GG und auch gegen Art. 4 GG“ verstößt, betont *Isak*, Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften, S. 205; sehr scharf auch *Hesse*, ZevKR 11 (1964/65), S. 355 mit Fn. 53 („der ideologischen Unterwanderung des demokratischen Gemeinwesens das Tor geöffnet“).

⁴⁵ Vgl. dazu ausführlich *Schlaich*, Konfessionalität – Säkularität – Offenheit, S. 181 ff. und *passim*.

⁴⁶ So zuletzt *Gröschner*, JZ 1996, S. 638, gegen den Versuch bei *Schachtschneider*, Res publica, das Grundgesetz im Sinne eines – allerdings selbst wiederum eigenwillig interpretierten – Kantianismus zu verstehen (zur Kritik dieses Ansatzes vgl. auch *Huster*, Der Staat 34 [1995], S. 606 ff.; dem zustimmend *Volkemann*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung?, S. 364 ff.). Gerade den Verzicht auf jede „transzendente oder metaphysische Legitimation der Ausübung öffentlicher Gewalt“ hält *Henke*, JZ 1981, S. 250, für den Kern des Republikbegriffs. Von einer „durchgehenden ideologischen Offenheit und Neutralität des GG“ spricht *Lerche*, Werbung und Verfassung, S. 140.

nis zu denken;⁴⁷ die Landesverfassungen sind insoweit noch deutlicher.⁴⁸ Trotz dieses Textbefundes fanden die – von vornherein nur vereinzelt unternommenen – Bestrebungen, den Gottesbegriffs der Grundgesetzpräambel und die entsprechenden Formulierungen in den Landesverfassungen im Sinne eines verfassungsrechtlich vorgegebenen christlichen Selbstverständnisses des Gemeinwesens zu deuten,⁴⁹ keinen Anklang.⁵⁰ Auch wenn unterschiedliche Auffassungen über die Angemessenheit und den rechtlichen Gehalt dieser Formeln bestanden, war man sich doch einig, daß jeder Versuch, auf ihrer Grundlage ein christliches Staatsverständnis zu installieren oder aus ihnen rechtliche Folgerungen mit dieser Tendenz abzuleiten, an dem Neutralitätsgebot scheitert.⁵¹

⁴⁷ So etwa *Ennuschat*, NJW 1998, S. 954; *Isensee*, ZRP 1996, S. 15; *Steiger*, in: FS Kriele, S. 112.

⁴⁸ Vgl. z.B. Art. 1 Abs. 1 LV BW: „Der Mensch ist berufen, (...) seine Gaben in Freiheit und in der Erfüllung des christlichen Sittengesetzes (...) zu entfalten.“; Art. 12 Abs. 1 LV BW: „Die Jugend ist in der Ehrfurcht vor Gott, im Geiste der christlichen Nächstenliebe (...) zu erziehen.“; Art. 26 Abs. 1 S. 2 LV Saarland: „Auf der Grundlage des natürlichen und christlichen Sittengesetzes haben die Eltern das Recht, die Bildung und Erziehung ihrer Kinder zu bestimmen.“ Weitere Nachweise dazu bei *Czermak*, KJ 2000, S. 244 ff.

⁴⁹ Zur Präambel des Grundgesetzes vgl. am weitestgehenden *Behrendt*, Gott im Grundgesetz, S. 278 ff. Mit ähnlicher Tendenz das Sondervotum des Richters v. Schlabrendorff in BVerfGE 33, 23, 39 ff. Weitere Beispiele für entsprechende Ansätze in der Literatur zum Landesverfassungsrecht bei *Horst Dreier*, in: Dreier, GGK I, Präambel Rn. 18 ff.

⁵⁰ Zu den Ansätzen bei *Behrendt*, Gott im Grundgesetz, vgl. nur *Horst Dreier*, in: Dreier, GGK I, Präambel Rn. 18 Fn. 48: „verfassungsrechtlich indiskutabel“. Zur Einschätzung der genannten Formulierungen in den Landesverfassungen vgl. *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, S. 109: „Die Versuche, auf solche Weise gegen die strukturbedingte Weltlichkeit und Neutralität des Staates einen angeblich institutionell-christlichen Charakter zu bewahren oder wieder herzustellen, sind denn auch sämtlich gescheitert. Nicht nur im 19. Jahrhundert, auch bei der Neubegründung deutscher Staatlichkeit nach 1945, als wiederum ein christlicher statt des säkularisierten Staates aufgerichtet werden sollte, behielt die Religionsfreiheit das letzte Wort. Sie mußte es behalten, wollte der Staat sich nicht selbst aufgeben.“ Zur Präambel der Schweizer Bundesverfassung vgl. ebenso *Kraus*, Schweizerisches Staatskirchenrecht, S. 133 Fn. 242: „Aufällig ist, daß Spezialuntersuchungen gelegentlich nicht der Versuchung widerstehen können, die Präambel hochzustilisieren zu einer Art Vorbehalt evangeliumsethikgemäßer oder doch wenigstens christlich verantworteter Grundrechtsausübung. (...) Wenn jemand diese Art christlichen Rechts- und Staatsverständnisses als Bevormundung empfindet, dürfte Widerspruch schwerfallen.“ Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Debatte über die neue polnische Verfassung (vgl. dazu *Michael Ludwig*, „Das neue polnische Grundgesetz soll bald verabschiedet werden“, FAZ v. 12. 2. 1997, S. 6; *Mildenberger*, APuZ B 6–7/98, S. 44), für deren Präambel schließlich folgende Kompromißformulierung gefunden wurde: „In der Sorge um Sein und Zukunft unseres Vaterlandes (...) beschließen wir, das Polnische Volk – alle Bürger der Republik, sowohl diejenigen, die an Gott als Quelle der Wahrheit, Gerechtigkeit, des Guten und Schönen glauben, als auch diejenigen, die diesen Glauben nicht teilen und diese universalen Werte aus anderen Quellen ableiten (...) im Gefühl der Verantwortung vor Gott oder vor dem eigenen Gewissen, die Verfassung der Republik Polen (...)“.

⁵¹ Aus der – in der Verfassungsreformdiskussion nach der Wiedervereinigung wieder intensivierten – Diskussion um Gehalt und Sinn des Gottesbezugs im Grundgesetz und in den Landesverfassungen vgl. *Apelt*, NJW 1949, S. 481; *Bachof*, AöR 115 (1990), S. 516; *Czermak*, NJW 1999, S. 1300 ff.; *ders.*, KJ 2000, S. 241 f.; *Doebbring*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 42 ff.; *Horst Dreier*, in: Dreier, GGK I, Präambel Rn. 14 ff.; *Ennuschat*, NJW 1998, S. 953 ff.; *Häberle*, in: FS Zeidler, S. 3 ff.; *Haverkate*, Verfassungslehre, S. 21; *Hofmann*, ZRP 1994, S. 215 ff.; *Peter M. Huber*, in: Sachs, GG, Präambel Rn. 35 ff.; *Huber*, Gerechtigkeit und Recht, S. 30 ff.; *Kunig*,