
57. Assistententagung Öffentliches Recht

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter,
Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Hagen 2017

Rechtskultur und Globalisierung



Nomos

Helbing
Lichtenhahn
Verlag



57. Assistententagung Öffentliches Recht

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter,
Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Rechtskultur und Globalisierung

Mit Beiträgen von:

Matthias Friehe (Marburg) | **Goran Seferovic** (Zürich) | **Isabella Risini** (Bochum) |
Teresa Weber (Salzburg) | **Gabriele Buchholtz** (Hamburg) | **Christian Paul Starke**
(Siegen) | **Andreas Kerkemeyer** (Hamburg) | **Christian Widera** (Marburg) | **Kristina
Schönfeldt** (Bonn) | **Silvia Pernice-Warnke** (Köln) | **Tim Wihl** (Berlin) | **Matthias
Uffer** (Bern) | **Stefan Martini** (Kiel)

Herausgegeben von:

Sebastian Piecha, Anke Holljesiefken, Jens Fischer, Stefanie K. Haaß, Johanna F.
Herberg, Stefan Kracht und Yury Safoklov



Nomos

Helbing
Lichtenhahn
Verlag



Diese Publikation wurde finanziell unterstützt von der FernUniversität in Hagen.

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

ISBN 978-3-8487-4109-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-8418-7 (ePDF)

ISBN 978-3-7190-4009-3 (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Vom 21. bis 24. Februar 2017 fand an der FernUniversität in Hagen die 57. Assistententagung Öffentliches Recht statt. Es war das erste Mal, dass sich Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dieser noch vergleichsweise jungen Rechtswissenschaftlichen Fakultät dazu entschlossen, diese traditionsreiche Tagung an der einzigen staatlichen Fernuniversität Deutschlands zu organisieren. Das Organisationskomitee profitierte jedoch maßgeblich von der ansteckenden Begeisterung sowie der Erfahrung, die der zweimalige Organisator *Prof. Dr. Andreas Haratsch* durch die Planung der Assistententagungen 1996 in Mainz und 2001 in Potsdam sammelte und großzügig weiterreichte.

Unter dem Thema „*Rechtskultur und Globalisierung*“ diskutierten knapp 200 junge Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler die Problematik der Universalwerte in einer zunehmend globalisierten Welt. Für den Juristen birgt das Spannungsverhältnis von hergebrachter nationalstaatlicher Rechtskultur und dem Harmonisierungsdrang inter- bzw. supranationalem Recht Schwierigkeiten: nicht nur wird er mit einem teils sehr abstrakten Regel- und Prinzipienwerk konfrontiert, das stark voneinander abweichenden Interpretationen zugänglich ist und divergente Ausgestaltungen erfahren hat. Er muss sich außerdem als Akteur in einem Rechtsgebiet behaupten, das von politischer Einflussnahme nur schwer abgeschottet werden kann.

Am Eröffnungsabend führte *Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio* mit seinem Festvortrag „Das Recht der Weltgesellschaft: Ambivalenzen der Globalisierung“ passend in das Tagungsthema ein. Für die freundlichen Grußworte an diesem Abend danken wir neben der Rektorin der FernUniversität dem damaligen nordrhein-westfälischen Justizminister *Thomas Kutschatj*, der Dekanin der Rechtswissenschaftlichen Fakultät sowie dem Hagener Bürgermeister *Horst Wisotzki*. Bei der Podiumssidkussion debattierten *Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Hänsch*, *Prof. Dr. Markus Kotzur* sowie *Prof. Dr. Patrick Sensburg* zum Thema „Die Europäische Union: Wirtschaftsgemeinschaft, Wertegemeinschaft, Kulturgemeinschaft?“ mit den Tagungsteilnehmerinnen und -teilnehmern engagiert auch über politische und kulturelle Fragestellungen.

Bedanken möchte sich das Organisationskomitee deshalb bei allen Referenten und Diskussionsteilnehmern, aber auch bei allen Professoren der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, die dieses Vorhaben maßgeblich unterstützten. Namentlich zu nennen sind hier insbesondere *Prof. Dr. Andreas Haratsch*, *Prof. Dr. Katharina Gräfin von Schlieffen* sowie *Prof. Dr. Ulrich Wackerbarth*. Auch der Dekanin der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, *Prof. Dr. Gabriele Zwiehoff*, gebührt großer Dank. Sie und die ganze Rechtswissenschaftliche Fakultät waren von Anfang an von der Idee der Ausrichtung dieser Tagung in Hagen begeistert und förderten uns in jeglicher Hinsicht. Nicht unerwähnt bleiben darf auch die Unterstützung der Hochschulleitung durch die Rektorin *Prof. Dr. Ada Pellert*. Schließlich wäre es unmöglich gewesen, diese Tagung ohne die Hilfe und Fachkompetenz diverser Dezernate der Hochschulverwaltung und die Mitarbeiter der Lehrstühle zu organisieren und durchzuführen. Auch darf nicht unerwähnt bleiben, dass das Vorgängerteam aus Mainz uns ebenfalls stets mit seinem Wissen beratend zur Seite stand, wofür wir uns auch an dieser Stelle noch einmal herzlichst bedanken möchten.

Schließlich geht unser verbindlichster Dank an die im Verzeichnis am Ende des Bandes aufgeführten Sponsoren sowie insbesondere an den Nomos Verlag, und hier zuvörderst an Herrn *Prof. Dr. Johannes Rux* und Herrn *Dr. Marco Ganzhorn*, für die Unterstützung der Tagung und die Veröffentlichung dieses Bandes.

Hagen, im Juli 2017

Dr. Sebastian Piecha, Dr. Anke Holljesiefken, Dr. Yury Safoklov, Jens Fischer, Stefanie K. Haaß, Johanna F. Herberg und Dr. Stefan Kracht

Inhalt

<i>1. Nationale Verfassungen und Rechtskultur</i>	11
Das Religionsverfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung	13
<i>Matthias Friehe</i>	
Direkte Demokratie und Völkerrecht in der Schweiz – Nationaler Identifikationsfaktor im Widerstreit mit internationalem Recht	39
<i>Goran Seferovic</i>	
<i>2. Europäische Werte und nationale Identität</i>	57
Eine kritische Analyse der Werte im europäischen Primärrecht: eine Rückbesinnung auf den nicht-universellen Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung	59
<i>Isabella Risini</i>	
Ist die Europäische Union „länderblind“?	77
<i>Teresa Weber</i>	
<i>3. Auf dem Weg zu einer gesamteuropäischen Grundrechtskultur?</i>	95
Grundrechte und Datenschutz im Spannungsfeld zwischen „Europäisierung und Emanzipation“	97
<i>Gabriele Buchholtz</i>	

Inhalt

Die Bedeutung der nationalen Grundrechte im europäischen Grundrechtsgefüge – von Solange bis Åkerberg Fransson <i>Christian Paul Starke</i>	119
<i>4. Grundfreiheiten als Integrationsfaktor?</i>	<i>145</i>
In- oder Desintegration durch Grundfreiheiten? <i>Andreas Kerkemeyer</i>	147
Territorialisierung der Besteuerung in Europa und Treaty Override – oder: Grundfreiheiten versus nationale Regelungskompetenzen <i>Christian Widera</i>	169
<i>5. Nationalrechtliche Determinanten</i>	<i>189</i>
Soft Law makes hard cases: Transformation von Soft Law in Hard Law durch nationale Behörden und Gerichte? – am Beispiel des Flüchtlingsrechts <i>Kristina Schönfeldt</i>	191
Verwaltungsprozessrecht unter Reformdruck - Regelungsspielräume des deutschen Gesetzgebers angesichts europäischer und internationaler Einflüsse auf den Rechtsschutz im Umweltrecht <i>Silvia Pernice-Warnke</i>	213
<i>6. Globalisierung hin zu Universalwerten</i>	<i>237</i>
Drei formale Grundrechtstypen. Prolegomena zu einer komparativen Grundrechtstheorie <i>Tim Wihl</i>	239

Die Margin of Appreciation des EGMR als Schlüssel zur folgenethischen Grundrechtsdogmatik? <i>Matthias Uffer</i>	263
Eine margin-of-appreciation-Doktrin für den EuGH? <i>Stefan Martini</i>	285
Autorenverzeichnis	313
Herausgeberverzeichnis	317
Förderer	319

1. Nationale Verfassungen und Rechtskultur

Das Religionsverfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung

Matthias Friehe

In diesem Jahr feiern wir 500 Jahre Reformation. Kaum eine andere wissenschaftliche Theorie hat in so kurzer Zeit einen so radikalen gesellschaftlich-politischen Umbruch ausgelöst wie das 95 Thesen umfassende Diskussionspapier Martin Luthers vom Oktober 1517. Von Beginn an war die Reformation auch eine Herausforderung für das Recht: Im Dezember 1520 verbrannte Luther das katholische Kirchengesetzbuch vor den Toren Wittenbergs. Nach diesem symbolischen Bruch mit der alten Rechtsordnung hat sich im Abendland in einem längeren Prozess die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Rechtsordnung einen allgemeinen Landfrieden jenseits theologischer Wahrheitsansprüche gewährleisten muss.

Seit den 1970er-Jahren erleben wir in religiösen Fragen einen erneuten gesellschaftlichen Wandel, wie es ihn seit der Reformationszeit nicht mehr gegeben hat. In Deutschland ist die Entkirchlichung weiter Teile der Bevölkerung die statistisch signifikanteste Entwicklung.¹ Weltweit betrachtet sind Religionen aber längst wieder auf dem Vormarsch. Zu den zentralen Herausforderungen für das Religionsverfassungsrecht zählt auch hierzu-lande mehr noch als der Rückzug von Religion die Etablierung einer muslimischen Minderheit.²

Aufgrund der religiösen Pluralisierung kann sich der Staat nicht länger darauf verlassen, dass die Zahl möglicher Konfliktfelder zwischen Staat

1 Dazu *J. Eicken/A. Schmitz-Veltin*, Die Entwicklung der Kirchenmitglieder in Deutschland, *Wirtschaft und Statistik* 2010, S. 576. Vgl. auch BVerfGE 137, 273 (Rn. 104).

2 Amtliche Statistiken erfassen nur die Mitglieder derjenigen Religionsgesellschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind. Zur Zahl der Muslime in Deutschland liegen daher keine amtlichen Statistiken vor. Schätzungen beruhen auf Hochrechnungen von Zuwanderern aus muslimisch geprägten Ländern und sind daher sehr unsicher. Der Religionswissenschaftliche Medien- und Informationsdienst REMID geht für 2015 von 4,5 Millionen Muslimen in Deutschland aus (schriftliche Mitteilung von REMID auf Anfrage des Autors).

und Religion faktisch begrenzt ist. Für ihn wird es damit zunehmend schwieriger, »Heimstatt aller Staatsbürger«³ zu bleiben.

I. Islamische Theologie im Kontext des Grundgesetzes

Religion spricht den Kern der menschlichen Persönlichkeit an und erklärt in einer umfassenden Weise den Sinn der Welt und des menschlichen Lebens.⁴ Deshalb gehört es zur Religionsfreiheit dazu, dass der Einzelne sein gesamtes Leben den Lehren seiner Religion entsprechend gestalten darf.⁵ Insoweit öffnet sich der Schutzbereich der Religionsfreiheit den subjektiven Glaubensvorstellungen der Grundrechtsträger und dem religiösen Selbstverständnis von Religionsgesellschaften.⁶ Das hat eine frappierende Konsequenz: *Potentiell* greift *jedes* Gesetz in die Religionsfreiheit ein.⁷ Um die genaue Reichweite religiöser Freiheiten zu ermitteln, müssen sich Juristinnen und Juristen mit den verschiedenen religiösen Bekenntnissen auseinandersetzen.⁸

Das islamische Bekenntnis stellt das Religionsverfassungsrecht vor eine Reihe neuer Herausforderungen. Rein praktisch können wohl die allermeisten Juristinnen und Juristen – so auch ich – mangels Arabischkenntnissen nur auf Sekundärquellen zurückgreifen. Das islamische Bekenntnis ist ausgesprochen vielseitig: Die islamische Rechtslehre teilt sich in verschiedene Rechtsschulen auf und auch innerhalb dieser Schulen werden ganz unterschiedliche Auffassungen vertreten. Da ich kein Muslim bin, steht mir kein Urteil über die islamtheologische »Richtigkeit« der verschiedenen Auffassungen zu;⁹ darin gleicht meine Perspektive indes der des religiös-weltanschaulich neutralen Staats. Der folgende Kurzüberblick orientiert sich an einem Islam, wie er global betrachtet im Bereich der »herrschenden Meinung« unter islamischen Rechtsgelehrten liegt. Selbst-

3 BVerfGE 19, 206 (216); 108, 282 (299); 138, 296 (Rn. 109).

4 BVerfGE 105, 279 (293) im Anschluss an OVG NRW, KirchE 28, 106 (115).

5 BVerfGE 32, 98 (106); 108, 282 (297); 138, 296 (Rn. 85).

6 Für Begrenzungen nach objektiven Kriterien neben anderen C. Waldhoff, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, 68. DJT 2010, Gutachten D, S. 69 f.

7 Pointiert C. Classen, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 153.

8 Vgl. Bibelexegese in BVerfGE 33, 23 (30) und Koranexegese in BVerfGE 138, 296 (Rn. 89).

9 So das von mir geteilte Selbstverständnis des Islamkenners M. Rohe, Das islamische Recht, 2. Aufl. 2009, S. XIV.

verständlich kann die Auffassung einzelner islamischer Gruppen oder einzelner Gläubiger davon erheblich abweichen.

Anders als bei den christlichen Konfessionen ist die Lehre über das islamische Recht kein theologisches Nebengebiet, sondern das Zentrum islamischer Theologie.¹⁰ Schon der Religionsstifter Mohammed wirkte in Medina als Oberhaupt und Richter der frühislamischen Gemeinde.¹¹ Islamische Theologie ist nach ihrem Selbstverständnis Rechtslehre.¹² Ihren Gegenstand, die Scharia, darf man sich nicht als einen kodifizierten Gesetzestext vorstellen. Vielmehr stehen die Methoden- und Rechtsquellenlehre im Vordergrund.¹³ Die beiden wichtigsten islamischen Rechtsquellen sind die im Koran überlieferten Handlungsgebote sowie die überlieferten Reden und Handlungsweisen Mohammeds (Sunnä). Der Koran und – mit Einschränkungen¹⁴ – die Sunnä werden als *unmittelbares* (also nicht durch Menschenwort vermitteltes)¹⁵ Wort Gottes verstanden¹⁶ und sind daher nach islamischer Vorstellung unabänderlich.¹⁷ Dieser »Kern« des islamischen Rechts enthält nicht nur rituelle Handlungsgebote, sondern auch umfangreiche Aussagen zum Erb-, Familien- und Strafrecht.¹⁸ Dass der Islam nicht klar zwischen gesellschaftlichen Normen und staatlichen

10 *P. Scholz*, Scharia in Tradition und Moderne – Eine Einführung in das islamische Recht, Jura 2001, S. 525 (526).

11 *G. Krämer*, Geschichte des Islam, 2005, S. 23 f.; *N. Yassari*, Islamisches Recht oder Recht der Muslime – Gedanken zu Recht und Religion im Islam, ZVgIRWiss 103 (2004), S. 103 (105).

12 *W. Bock*, Islam, Islamisches Recht und Demokratie, JZ 2012, S. 60 (61, 63); zu Ansätzen für eine Trennung von Religionsgelehrten/Theologen und Rechtsgelehrten *Rohe*, Islamisches Recht (Fn. 9), S. 13.

13 *Rohe*, Islamisches Recht (Fn. 9), S. 6, 16 und detailliert zu den verschiedenen islamischen Rechtsquellen S. 43 ff.; vgl. dazu auch *D. Zacharias*, Islamisches Recht und Rechtsverständnis, in: S. Muckel (Hrsg.), Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates, 2008, S. 116 ff.; Kurzüberblick bei *N. Yassari*, Die Rechtsquellen des islamischen Rechts, ZfRV 1999, S. 103 (104 ff.).

14 *Zacharias*, Islamisches Recht (Fn. 13), S. 139 ff.

15 *A. Petersohn*, Der Islam »ante portas« – Sprengstoff für den Staat des Grundgesetzes?, ZRP 2002, S. 521 (522) mit einem zutreffenden Hinweis auf die daraus resultierende Tabuisierung einer historisch-kritischen Koranexegese.

16 Zur islamtheologischen Rechtfertigung der besonderen Stellung des Islam *A. Busch*, Islam und Recht, NJ 2011, S. 102 (105 f.); *Zacharias*, Islamisches Recht (Fn. 13), S. 120.

17 *Yassari*, Rechtsquellen (Fn. 13), S. 103; *Scholz*, Scharia (Fn. 10), S. 525.

18 *Rohe*, Islamisches Recht (Fn. 9), S. 48; *Scholz*, Scharia (Fn. 10), S. 527.

Rechtsvorschriften trennt, gehört zu den Hauptkonfliktfeldern mit der hiesigen Rechts- und Gesellschaftsordnung.¹⁹

Die Vermischung von Recht und Theologie nach islamischem Bekenntnis widerspricht dem Grundprinzip des nachreformatorischen Staatskirchen- bzw. Religionsverfassungsrechts, wonach ein säkulares Recht einen allgemeinen Landfrieden jenseits theologischer Wahrheitsansprüche gewährleisten soll.²⁰ Neben diesem Strukturkonflikt stehen auch viele konkrete Inhalte des islamischen Rechts in eklatantem Widerspruch zur Rechtsordnung des Grundgesetzes. Die Vollstreckung barbarischer körperlicher Strafen in Ländern mit islamischem Strafrecht verstößt gegen die Menschenwürde. Die Benachteiligung der Frau im islamischen Erb- und Familienrecht²¹ beschäftigt die Gerichte hierzulande regelmäßig in international-privatrechtlichen Fallkonstellationen.²² Aufgrund der Themenstellung möchte ich schließlich noch hervorheben, dass das islamische Recht die Religionsfreiheit, wie wir sie verstehen, ablehnt:²³ Nach klassischer Lehre wird der Abfall vom Islam (Apostasie) mit dem Tod bedroht.²⁴ Den Anhängern der Buchreligionen Judentum und Christentum wird eine begrenzte Toleranz gewährt, während Anhänger anderer Religionen und insbesondere Atheisten schutzlos bleiben.²⁵

Die Verwirklichung des islamischen Rechts in Ländern mit überwiegend muslimischer Bevölkerung unterscheidet sich erheblich.²⁶ Während nur wenige muslimisch geprägte Länder die Scharia zur Grundlage ihres

19 *Waldhoff*, Religionskonflikte (Fn. 6), S. 37.

20 Vgl. *W. Loschelder*, Der Islam und die religionsrechtliche Ordnung des Grundgesetzes, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 20 (1986), S. 149; *C. Langenfeld*, Islam und Grundgesetz, RdJB 2010, S. 5 (6).

21 Dazu ein guter Überblick bei *C. Kartal*, Islam und Menschenrechte, KJ 36 (2003), S. 382 (390 f.).

22 Mit umfangreichen Nw. zu den verschiedenen Fallkonstellationen *Rohe*, Islamisches Recht (Fn. 9), S. 351 ff.

23 Mit zutr. Hinweis auf die Kairoer Erklärung der Menschenrechte im Islam von 1990 (Fn. 31) *L. Häberle*, Zwischen Islam und Säkularismus – Religionsfreiheit und Religionsrecht vor konträren Herausforderungen, KuR 2010, S. 255 (256).

24 *Rohe*, Islamisches Recht (Fn. 9), S. 134 f.; zur heutigen Praxis *Kartal*, Islam (Fn. 21), S. 391 f.

25 *Rohe*, Islamisches Recht (Fn. 9), S. 153 ff.

26 Zur Entwicklung eines spezifisch islamischen Verfassungsrechts seit der Verfassung des Iranischen Kaiserreichs 1906/1907 *R. Grote*, Grundlagen, Hauptprobleme und Perspektiven des islamischen Verfassungsrechts, ZaöRV 74 (2014), S. 575 (578 ff.).

Strafrechts gemacht haben, ist die Geltung der Scharia als Grundlage für das Familien- und Erbrecht in der muslimischen Welt weit verbreitet.²⁷ Zur heutigen Realität islamischer Praxis weltweit gehören umfassende Reformbemühungen²⁸ genauso wie die Vollstreckung brutaler Körperstrafen in Ländern wie Saudi-Arabien oder dem Iran. Noch nicht absehbar ist, welchen Einfluss der »Arabische Frühling« letztendlich auf das Verhältnis von Religion und Staat im arabischen Raum haben wird. Die von den Muslimbrüdern angestrebte Islamisierung Ägyptens wurde durch den Umsturz 2013 gestoppt. In Tunesien erstritt eine aktive Zivilgesellschaft beim Verfassungskompromiss von 2014 den »Triumph des zivilen Staates«.²⁹

Überwiegend sind die islamisch geprägten Staaten allerdings weit davon entfernt, den Vorrang der universellen Menschenrechte vor dem islamischen Recht anzuerkennen. Nach islamischer Vorstellung sind Menschenrechte nicht individuelle und unveräußerliche, sondern gottverliehene Rechte;³⁰ sie fallen damit als Korrektiv religiöser Lehren aus. Mit ihrer Kairoer Erklärung der Menschenrechte im Islam³¹ haben sich die überwiegend islamisch geprägten Staaten 1990 ausdrücklich von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte durch die Vereinten Nationen distanziert.³² Die Kairoer Erklärung stellt sämtliche Grundrechte, darunter die Religionsfreiheit, die körperliche Unversehrtheit und die Gleichberechtigung der Frau, unter den Vorbehalt, dass sie nur im Einklang mit der Scharia verstanden werden dürften. Hier wird besonders deutlich, dass das islamische

27 U. Matyssek, Zum Problem der Trennung von Religion und Politik im Islam, in: S. Muckel (Hrsg.), *Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates*, 2008, S. 161 f.

28 Dazu etwa Matyssek, Islam (Fn. 27), S. 175 f.; zu den Grenzen derartiger Reformbemühungen selbst progressiver Kräfte Grote, *Islamisches Verfassungsrecht* (Fn. 26), S. 598.

29 Grote, *Islamisches Verfassungsrecht* (Fn. 26), S. 610.

30 Kartal, Islam (Fn. 21), S. 389.

31 The Organisation of the Islamic Conference, *The Cairo Declaration on Human Rights in Islam*, UN-Dokument A/CONF.157/PC/62/Add.18. Scharia-Vorbehalt als Generalklausel in Art. 24 der Deklaration.

32 Kartal, Islam (Fn. 21), S. 395; zu völkerrechtlichen Vorbehalten muslimischer Staaten gegen internationalen Menschenrechtsschutz Petersohn, Islam (Fn. 15) S. 524.

Bekenntnis gleichsam der staatsrechtliche *ordre public* von islamisch geprägten Staaten ist.³³

Studien legen nahe, dass die meisten Muslime in Deutschland eine sehr viel liberalere Einstellung haben als ihre Glaubensgeschwister in der islamisch geprägten Welt.³⁴ Das öffentliche Bild wird dagegen häufig von einer Minderheit geprägt, die an einer konservativen Auslegung des Islam auch hierzulande festhält.³⁵ Aus juristischer Perspektive ist es legitim, dieser Gruppe besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Statistisch gesehen mag es zwar beispielsweise ein Randphänomen sein, dass Muslima aus religiösen Gründen die Teilnahme am koedukativen Sport- oder Schwimmunterricht verweigern.³⁶ Häufig sind es aber eben gerade die atypischen Fallkonstellationen, welche das Recht vor besondere Herausforderungen stellen.

Der Blick in die muslimisch geprägten Staaten einerseits und auf die hier heimische muslimische Bevölkerung andererseits offenbart eine Doppelfunktion des islamischen Rechts in der globalisierten Welt: In den meisten überwiegend muslimischen Ländern erfüllt das islamische Recht – in unterschiedlicher Ausprägung – die Funktion des staatlichen Rechts; seine Geltung ist dort grundsätzlich allgemeinverbindlich und vollstreckbar. Die islamische Rechtsquellenlehre ist dort Grundlage für eine islamische Rechtskultur, die in Konkurrenz zum säkularen Verfassungsstaat westlicher Prägung steht. In Ländern mit einer muslimischen Minderheit dagegen hat das islamische Recht (»nur«) die Funktion eines religiösen Bekenntnisses. Seine Geltungskraft beruht insoweit nicht auf staatlichem

33 Vgl. C. Stumpf, Die Freiheit des Religionswechsels als Herausforderung für das religiöse Recht des Islam und des Christentums, ZevKR 48 (2003), S. 129 (134; 138 ff.).

34 Vgl. dazu den Religionsmonitor 2015 im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/51_Religionsmonitor/<22.3.2017>. Krit. zur Mehrdeutigkeit der Islamischen Charta des Zentralrats der Muslime in Deutschland Petersohn, Islam (Fn. 15), S. 521 ff.; A. Uhle, Die Integration des Islams in das Staatskirchenrecht der Gegenwart, in: H. M. Heinig/C. Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht, 2007, S. 299 (332 f.).

35 Insgesamt zeigt der Religionsmonitor 2015 (Fn. 34) eine sehr negative Bewertung des Islam in der Bevölkerung. Eine Mehrheit der Befragten bezeichnete den Islam als »bedrohlich« (S. 7).

36 Vgl. dazu die im Auftrag der Deutschen Islamkonferenz erstellte Studie von S. Haug/S. Müssig/A. Stichs, Muslimisches Leben in Deutschland, 2009, S. 181 ff., abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/<22.3.2017>>.

Zwang, sondern auf dem Zwang des Gewissens. Die eigene Unterwerfung unter das islamische Recht ist ein Akt grundrechtlich geschützter Freiheit.³⁷

II. Distanzierte Neutralität und religiöse Freiheit

Für das klassische islamische Bekenntnis scheinen die Voraussetzungen für die Kompatibilität islamischer Religionsausübung mit dem Grundgesetz zunächst nicht sonderlich günstig. Tatsächlich sollten nach der früheren Kulturadäquanzformel des Bundesverfassungsgerichts nur solche Formen der Religionsausübung geschützt sein, die sich »bei den heutigen Kulturvölkern auf dem Boden gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Laufe der Geschichte herausgebildet«³⁸ haben. Dieses Postulat eines gemeinsamen ideologischen Kerns der (drei monotheistischen) Religionen ist eine Fiktion der Aufklärung. Sinnbildlich wird diese Fiktion in ihrer literarischen Form, vor allem in der Ringparabel in *Lessings* Drama *Nathan der Weise*.³⁹ Der *eine* Vater gibt seinen *drei* Söhnen je einen Ring, von denen zwei täuschend echt aussehende Kopien des einen Originals sind. Im Unterschied zur ursprünglichen literarischen Vorlage in *Boccaccios* *Decameron*⁴⁰ kann in *Lessings* Darstellung nicht einmal mehr der Vater selbst die Ringe voneinander unterscheiden. Als ein Richter anhand des »echten« Rings den wahren Erben ermitteln soll, verweist er die streitenden Söhne auf dessen Eigenschaft, den Ringträger vor Gott und den Menschen angenehm erscheinen zu lassen.

Dieses Plädoyer für religiöse Toleranz hat zum Preis, die transzendenten Wahrheitsansprüche von Religion zu relativieren. Die Unterschiedlichkeit der verschiedenen religiösen Bekenntnisse wird in der Ununterscheidbarkeit der drei Ringe symbolisch eingegebenet. Der Richterspruch aus der Ringparabel kann daher für unsere Gerichte kein Vorbild sein. Denn der

37 Überzeugend zur Tätigkeit muslimischer Friedensrichter *C. Ernst*, Die Bewältigung konfligierender Ordnungen – Die Aushöhlung hoheitlicher Gewalt durch muslimische Friedensrichter?, in: J. Hölzlwimmer et al. (Hrsg.), RECHTSFRIEDEN – FRIEDENSRECHT, 55. Assistententagung Öffentliches Recht, 2016, S. 179 (186 f.).

38 BVerfGE 12, 1 (4); ähnlich BVerfGE 24, 236 (246); aufgegeben in BVerfGE 41, 29 (50).

39 *G. E. Lessing*, *Nathan der Weise*, 3. Aufzug, 7. Auftritt, Z. 1911 ff.

40 *G. Boccaccio*, *Decameron*, *Giornata I*, *Novella 3*.

religiös-weltanschauliche neutrale Staat darf verschiedene religiöse Bekenntnisse nicht bewerten, und zwar auch nicht dadurch, dass er sie auf ein mit seinen eigenen ideologischen Grundlagen konformes Maß reduziert. Deshalb taugt die Kulturadäquanzformel nicht zur Lösung der Rechtsprobleme einer multireligiösen Gesellschaft.⁴¹ Die wirkliche Bewährungsprobe liegt darin, in dem Trilemma zwischen dem Schutz freier Religionsausübung zum ersten, der Wahrung religiös-weltanschaulicher Neutralität zum zweiten und dem Schutz anderer Rechtsgüter durch eine allgemeinverbindliche Rechtsordnung zum dritten jeweils im *konkreten Einzelfall* das richtige Maß zu finden.

1. Neutralität als verfassungsimmanente Schranke

Konzentriert man sich auf den konkreten Akt der Religionsausübung, so tritt die Bedeutung ideologischer Konflikte eines Bekenntnisses mit der staatlichen Rechtsordnung zurück. Das hängt zunächst mit der spezifischen Funktionsweise von Gerichten im Rechtsstaat zusammen. Vor Gericht geht es nicht um den Islam als Ganzes. Die Eröffnung des Schutzbereichs der Religionsfreiheit hängt nicht davon ab, ob das geltend gemachte religiöse Bekenntnis in seiner Gesamtheit verfassungskonforme Ziele verfolgt.⁴² Das wäre ein unzulässiger Gesinnungstest. Die Religionsfreiheit umfasst überdies, aus religiösen Überzeugungen heraus für Veränderungen der bestehenden Rechts- und sogar Verfassungsordnung einzutreten. Die Religionsfreiheit schützt sogar denjenigen, der sie erklärtermaßen selbst einem anderen nicht gewähren würde. In Extremfällen untergräbt der Staat mit dieser – im Ansatz – ideologisch bedingungslosen Freiheitsgewährung die ideologischen Grundlagen seiner Existenz. Auf dieses Wagnis muss sich der säkulare Staat aber um der Freiheitlichkeit willen einlassen.⁴³

Dieses Wagnis wird indes auf Schrankenebene effektiv begrenzt. Entscheidend ist dabei weniger, ob man auf kollidierende Verfassungsschran-

41 S. Muckel/R. Tillmanns, Die religionsverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Islam, in: S. Muckel (Hrsg.), *Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates*, 2008, S. 239.

42 A. A. N. Janz/S. Rademacher, Islam und Religionsfreiheit, NVwZ 1999, S. 706 (710).

43 W. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, S. 60.

ken abstellt,⁴⁴ oder aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt ableitet.⁴⁵ Zunächst einmal ist eine doppelte Wirkung der Grundrechte hervorzuheben: Zwar schützen sie auch denjenigen, der die grundrechtliche Ordnung infrage stellt; zugleich verhindern sie aber deren Beseitigung. Die Grundrechte schützen also den Prediger, der für ein allgemeinverbindliches Verhüllungsgebot eintritt, verbieten aber zugleich die tatsächliche Umsetzung derartiger Pläne. Anders als in der muslimisch geprägten Welt hat hierzulande nur die Bekenntnisfunktion des islamischen Rechts praktische Relevanz. Dringt die muslimische Minderheit mit ihren bekenntnisgeleiteten Anliegen politisch nicht gegen den Willen der Mehrheitsgesellschaft durch, so kommt es darauf an, ob die Religionsfreiheit von Verfassungen wegen verlangt, dass Muslime gegen den Willen einer parlamentarischen Mehrheit von allgemeinverbindlichen Rechtspflichten befreit werden.

Diese Frage kann im Regelfall verneint werden. Denn der demokratische Verfassungsstaat ist auf die Geltung des allgemeinen Gesetzes angewiesen.⁴⁶ Das Grundgesetz verbietet außerdem ausdrücklich Ungleichbehandlungen aufgrund des Glaubens (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG). Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates hat damit einen grundrechtlichen Kern. Soweit die religiöse Freiheit damit die Entbindung von allgemeinen Gesetzen erfordert, ist diese Befreiung ebenfalls rechtfertigungsbedürftig. Davon ging im Ergebnis auch das *Bundesverfassungsgericht* aus, als es in einer wegweisenden Entscheidung einem evangelischen Pfarrer Recht gab, der sich unter Verweis auf die Bergpredigt (Mt 5,33-37) geweigert hatte, vor Gericht einen Schwur abzulegen.⁴⁷ Die Richter betonten, es müsse eine Neuregelung gefunden werden, die nicht einzelne Zeugen aufgrund ihres religiösen Bekenntnisses gleichheitswidrig begünstige.⁴⁸ In

44 BVerfGE 138, 296 (Rn. 98); 108, 282 (297); 33, 23 (30 f.); 32, 98 (107 f.); BVerfGK 10, 423 (429); BVerfG (K), NJW 1993, S. 1190; NJW 2009, S. 3151 (3152).

45 S. Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 224 ff.; C. Starck, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 6. Aufl. 2016, Art. 4 Rn. 88; W. Bock, Die Religionsfreiheit zwischen Skylla und Charybdis, AöR 123 (1998), S. 444 (469 ff.).

46 Langenfeld, Islam (Fn. 20), S. 7.

47 BVerfGE 33, 23 (32); bestätigt zur Eidesleistung bei Antritt eines kommunalen Mandats BVerfGE 79, 69 (76).

48 BVerfGE 33, 23 (34).

der Folge führte der Gesetzgeber die eidesgleiche Bekräftigung – ohne die Formel »Ich schwöre...« – ein (§ 65 StPO; § 484 ZPO).

Nur in Ausnahmefällen kann der grundrechtlichen Abwägung eindeutig entnommen werden, dass der Gesetzgeber von einem allgemeingültigen Gesetz zugunsten individueller religiöser Überzeugungen befreien muss. Umgekehrt überwiegt auch nur in Ausnahmefällen das Gewicht der Ungleichbehandlung, sodass der Gesetzgeber keine Befreiung aus religiösen Gründen vorsehen darf. Der Gesetzgeber hat einen erheblichen Spielraum, ob er die religiöse Freiheit Einzelner oder den Zweck eines allgemeinen Gesetzes höher gewichtet. In einigen Fällen hat der Gesetzgeber dem Schutz islamischer Religionsausübung bereits den Vorrang eingeräumt: So hat er einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund für die rituelle Beschneidung von Jungen geschaffen (§ 1631d BGB), die tatbestandlich eine gefährliche Körperverletzung ist (§§ 223, 224 StGB).⁴⁹ In Friedhofsgesetzen gibt es inzwischen Ausnahmen vom Sargzwang (z. B. § 18 Abs. 2 Hess-FBG). Das Tierschutzgesetz sieht Ausnahmen (§ 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG) vom Verbot des betäubungslosen Schlachtens (Schächten) aus religiösen Gründen vor.⁵⁰ Bei der verfassungsgerichtlichen Nachkontrolle derartiger Abwägungsentscheidungen ist unabhängig vom Ergebnis Zurückhaltung geboten. Der Umfang religiöser Freiheiten gegenüber den Regeln der Mehrheitsgesellschaft bedarf gesellschaftlicher Verständigungsprozesse, deren Platz im Parlament ist.⁵¹ Sie können nur begrenzt durch verfassungsgerichtliche Entscheidungen ersetzt werden.

2. Allgemeine Rechtspflichten und Religionsfreiheit am Beispiel Schule

Beispielhaft für die Konflikte zwischen allgemeinen Rechtspflichten einerseits und der Religionsfreiheit andererseits möchte ich kurz vertieft auf die Schule eingehen. Sie gehört zu den wenigen Orten, an denen der Staat, gestützt auf seinen verfassungsrechtlichen Bildungsauftrag, aktiv um die ideologischen Grundlagen seiner Existenz kämpft.

49 Vgl. dazu LG Köln, NJW 2012, S. 2128 f. Die Bedeutung der grundrechtlichen Problematik wird durch die knappe Begründung indes völlig verkannt.

50 Zum verfassungsrechtlichen Erfordernis BVerfGE 104, 337 (352).

51 So auch im Grundsatz BVerfGE 108, 282 (302); 138, 296 (Rn. 98) – freilich hat das BVerfG dem Gesetzgeber in der Kopfuchfrage letztlich eine Entscheidung aufoktroiert.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat in mehreren Kammerentscheidungen ausdrücklich das berechnigte Interesse des Staates betont, der Entstehung von religiös-motivierten Parallelgesellschaften entgegenzuwirken.⁵² Deshalb steht der staatliche Bildungsauftrag nicht zur Disposition seiner Adressaten, auch dann nicht, wenn religiöse Vorbehalte geltend gemacht werden. Religiös motivierte Schul-Totalverweigerer (»home-schooling«) haben daher keinen Anspruch auf Schulbefreiung. Die Religionsfreiheit gebietet nicht einmal, dass Schüler von einzelnen Lerneinheiten befreit werden, deren Inhalt von den Schülern bzw. deren Eltern aus religiösen Gründen abgelehnt werden. Das ist lange entschieden für den Sexualkundeunterricht⁵³ und wurde jüngst vom *Bundesverwaltungsgericht* bekräftigt, als sich Eltern gegen die Vorführung des Films »Krabat« im Unterricht wehrten.⁵⁴ All diese Fälle betrafen übrigens christliche Fundamentalisten.

Abweichend von dieser Linie hat das *Bundesverwaltungsgericht* in einer älteren Entscheidung angenommen, muslimische Schülerinnen seien vom koedukativen Sportunterricht zu befreien.⁵⁵ Diese Entscheidung kann nicht überzeugen. Praktische Unterrichtseinheiten sind nicht weniger wichtig für die Persönlichkeitsbildung als intellektuelle Unterrichtseinheiten. Der Sportunterricht vermittelt wichtige soziale Kompetenzen wie Konflikt- und Teamfähigkeit. Grundrechtlich ist es auch keineswegs geboten, ein 12jähriges Mädchen vom Unterricht fernzuhalten, weil deren Eltern vortragen, sie dürfe sich nicht vor gleichaltrigen Jungen in typischer Sportkleidung zeigen. Im Gegenteil gebieten die Grundrechte, dem Mädchen über die Enge eines islam-konservativen Elternhauses hinaus alternative Lebensentwürfe aufzuzeigen.⁵⁶ In die richtige Richtung geht die neue

52 BVerfGK 1, 141 (143); 8, 151 (155); BVerfG (K), NJW 2015, S. 44 (47); abl. *J. v. Lucius*, Homeschooling, 2017, S. 242 ff. Nach Auffassung des U.S. Immigration Court Memphis (Tennessee), Urt. v. 26.1.2010, Az.: A087 368 600, S. 14, ist die Bekämpfung einer »parallel society« bzw. »alternate society« (positiv gewendet) kein legitimes Ziel; das Gericht gewährte in diesem Zusammenhang politisches Asyl in den Vereinigten Staaten.

53 BVerfGE 47, 46 (85); BVerfG (K), NJW 2009, S. 3151 (3152); BVerwG, NVwZ 2009, S. 56 ff.

54 BVerwG, NJW 2014, S. 804 (807).

55 BVerwGE 94, 82 (83 ff.).

56 Vgl. zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik im Sinne eines »Rechts auf Bildung« Art. 13 IPwskR; Art. 28 Kinderrechtskonvention; Art. 2 ZP I EMRK.

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – ähnlich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem Schweizer Fall⁵⁷ –, dass muslimische Schülerinnen jedenfalls dann am Schwimmunterricht teilnehmen müssen, wenn sie die Möglichkeit haben, einen Burkini zu tragen.⁵⁸ Diese Rechtsprechung sollte aber nicht dahingehend verstanden werden, dass *nur* dann eine Verpflichtung zur Unterrichtsteilnahme besteht, wenn deren religionskonforme Ausgestaltung möglich ist. Richtigerweise ist die Religionsfreiheit in diesen Fällen als ein »Recht auf Rücksichtnahme«⁵⁹ zu verstehen. Sie entbindet nicht von der Unterrichtsteilnahme, verlangt aber, religiöse Glaubensgebote bei der Ausgestaltung des Unterrichts nach Möglichkeit zu berücksichtigen.

Für einzelne Aspekte der Religionsausübung in der Schule bedarf es wegen des Parlamentsvorbehalts im Vergleich zum jetzigen Rechtsstand näherer gesetzlicher Konkretisierungen. Das Tragen einer Gesichtverschleierung etwa vereitelt den störungsfreien Kontakt zwischen einer Schülerin und ihren Mitschülern sowie den Lehrern. Ein verfassungsrechtlich zulässiges Verbot bedarf indes einer speziellen Ermächtigungsgrundlage.⁶⁰ Aus muslimischer Perspektive wünschenswert ist zudem eine klare gesetzliche Regelung, zu welchen hohen islamischen Feiertagen eine Schulbefreiung zu gewähren ist.

3. Grundrechtsschutz und distanzierte Neutralität

Das Beispiel Schule zeigt, dass längst nicht jede, aber einzelne religiös motivierte Verhaltensweisen auch gegen parlamentarische Mehrheitsentscheidungen geschützt sind. Für die Abwägung kommt es nicht auf deren ideologische Grundlagen, sondern auf das Ergebnis der Religionsaus-

57 EGMR, *Osmanoğlu und Kocabaş / Schweiz*, Urt. v. 10.1.2017, Az.: 29086/12.

58 BVerwGE 147, 362 (Rn. 10 ff.).

59 So zum Elternrecht nach Art. 2 S. 2 ZP I EMRK *T. Marauhn*, Hausunterricht zwischen Bildungsrecht und Elternrecht, in: F. Reimer (Hrsg.), *Homeschooling*, 2012, S. 99 (104).

60 Wie hier *N. Coumont*, *Islam und Schule*, in: S. Muckel (Hrsg.), *Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates*, 2008, S. 519, 521.

übung an.⁶¹ Trägt eine Muslima Kopftuch⁶² oder Burkini, so werden dadurch keine staatlich geschützten Rechtsgüter, insbesondere keine Rechte Dritter, unzumutbar beeinträchtigt.

Dieser Schutz von religiös motivierten Verhaltensweisen darf aber nicht mit einer positiv-wohlwollenden Haltung des Staates zur Religion insgesamt verwechselt werden.⁶³ Gerade weil der Staat Religionsausübung frei von ideologischen Vorbedingungen – voraussetzungslos⁶⁴ – schützt, muss es ihm möglich sein, zu diesen religiösen Praktiken Distanz zu halten. Die distanzierte Neutralität des Staates ist damit gerade keine »Generalermächtigung zur Verhinderung von Religion«. ⁶⁵ Sie ist vielmehr Folge der ideologisch bedingungslosen Offenheit für den grundrechtlichen Schutz mannigfaltiger religiöser Überzeugungen.⁶⁶ Umgekehrt wirkt die angeblich positive Haltung des Staates zur Religion geradezu grundrechtsgefährdend, wenn mit diesem Entgegenkommen zugleich die Erwartung verknüpft wird, dass die Religionsgesellschaft positiv zu den Geltungsbedingungen der freiheitlichen Verfassungsordnung beiträgt.⁶⁷ Hält man dagegen an einer angeblich positiven Haltung des Staates zur Religion fest, ohne daran Bedingungen zu knüpfen, so gefährdet dies auf Dauer die Akzeptanz der Religionsfreiheit in der breiten Öffentlichkeit. Eine bedingungslos positive Haltung zur Religion wirkt nicht nur beliebig, sondern vor allem

61 Zu den Religionsgesellschaften vgl. *Waldhoff*, Religionskonflikte (Fn. 6), S. 46 f.; 52.

62 Im Grundsatz wie hier *Coumont*, Islam (Fn. 60), S. 499 ff., allerdings mit nicht nachvollziehbaren Einschränkungen bei Störungen des Schulfriedens, S. 515 f. Störerin des Schulfriedens ist nicht die Schülerin, die von ihrem Recht auf Religionsausübung Gebrauch macht. Die Schule müsste daher gegen diejenigen vorgehen, die hieran Anstoß nehmen (Störer).

63 So aber die herrschende Deutung, vgl. nur *Starck* (Fn. 45), Art. 4 Rn. 8; *H. M. Heinig*, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität?, *JZ* 2009, S. 1136 (1140); aus der Kopftuchrechtsprechung BVerfGE 108, 282 (300); 138, 296 (Rn. 110).

64 *Uhle*, Integration des Islams (Fn. 34) S. 303.

65 So aber die Unterstellung von *Häberle*, Islam (Fn. 23), S. 259.

66 Anders *W. Böckenförde*, Der säkularisierte Staat, 2006, S. 15, der beide Begriffe als Gegensatz betrachtet. Die hier vertretene Distanz ist nicht mit der frz. *laïcité* gleichzusetzen, weil sie die Möglichkeit der Zusammenarbeit zwischen Staat und Religionsgesellschaften nicht leugnet, soweit dies die Verfassung für einzelne Bereiche ausdrücklich vorsieht.

67 So die Konzeption von *P. Kirchhof*, Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 39 (2005), S. 105 ff., insbes. S. 114 f., S. 120 These 7.

auch als Affront gegenüber denjenigen Bürgerinnen und Bürgern, welche zwanglos die Existenzvoraussetzungen des freiheitlichen Verfassungsstaates tatsächlich gewährleisten. Akzeptabel erscheint die Verteidigung der Religionsfreiheit für jedwedes Bekenntnis nur unter dem Aspekt der Verteidigung der Freiheitlichkeit des Staates selbst, die durch ideologische Vorbedingungen bereits aufgegeben würde.

Seine Distanz gegenüber religiösen Bekenntnissen muss der Staat nach außen sichtbar machen dürfen. Deshalb ist die Religionsausübung durch grundrechtsverpflichtete Amtsträger prinzipiell anders zu bewerten als die Religionsausübung durch grundrechtsberechtigte Privatpersonen.⁶⁸ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶⁹ hat diesen Unterschied in der Kopftuch-Frage mit sehr problematischen Konsequenzen verwischt.⁷⁰ Das Ende der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis auch für freiwillige Sonderstatusverhältnisse stellt inzwischen die besondere Grundrechtsbindung von Exekutive (Beispiel: Lehrerin) und Judikative (Beispiel: Richterin⁷¹) infrage. Denn die besondere Grundrechtsbindung des Staates ohne grundrechtliche Beschränkung seiner handelnden Amtsträger ist eine Chimäre. Für jemanden, der einen religiös-neutralen Staat nach außen verkörpert, gelten andere Maßstäbe als für eine Privatperson, die religiös gerade parteiisch sein darf. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, dass der Staat Amtsträgerinnen mit Kopftuchwunsch⁷² nicht pauschal unterstellen darf, sie würden ihre religiösen Pflichten über ihre

68 S. Detterbeck, Der öffentliche Dienst als Medium der freien Selbstentfaltung? Der Hessische Kopftuchstreit, FS Bethge (2009), S. 161 (162); Janz/Rademacher, Islam (Fn. 42), S. 712.

69 BVerfGE 108, 282 (297 ff.); 138, 296 (Rn. 80 ff.).

70 Abw. Meinung Richter *Jentsch, di Fabio* und *Mellinghoff*, BVerfGE 108, 314 (315 ff., insbes. 317, 319); abw. Meinung Richter *Schluckebier* und Richterin *Hermanns*, BVerfGE 138, 359 (Rn. 14); *Langenfeld*, Fängt der Streit um das Kopftuch jetzt erst an?, ZevKR 60 (2015), S. 420 (425 f.).

71 Jüngst aber im einstweiligen Rechtsschutzverfahren für einen Vorrang der staatlichen Neutralitätspflicht sowie der negativen Religionsfreiheit der Prozessbeteiligten gegenüber der positiven Religionsfreiheit einer Rechtsreferendarin, die auf der Richterbank und bei Sitzungsvertretungen der Staatsanwaltschaft Kopftuch tragen wollte: BVerfG (K), Beschl. v. 27.6.2017, Az.: 2 BvR 1333/17, Rn. 46 ff.

72 Differenzierend zum diskriminierenden Charakter des islamischen Verhüllungsgebots G. Britz, Das verfassungsrechtliche Dilemma doppelter Fremdheit: Islamische Bekleidungs Vorschriften für Frauen und Grundgesetz, KJ 36 (2003), S. 95 (99 f.): Einerseits diskriminiert das Verhüllungsgebot Frauen, weil es nur für Frauen gilt, deren uneingeschränkte Bewegungsfreiheit einschränkt und Frauen eine selbstbe-

Ampflichten stellen. Entscheidend ist das Vertrauen seiner Bürger, das sich nicht einfach von oben herab verordnen lässt.

III. Islamische Religionsgesellschaften in Deutschland

Das Konzept einer positiv-wohlwollenden, zugewandten Haltung des Staates ist besonders prägend für das Recht der Religionsgesellschaften gewesen.⁷³ In der Tat hat der Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts den Kirchen beachtliche Privilegien gesichert. Nach Art. 137 Abs. 5 WRV *bleiben* die Religionsgesellschaften Körperschaften des öffentlichen Rechts, soweit sie dies bisher waren. Die Suggestivkraft des Verbs »bleiben« erweckt den Eindruck, die Kirchen seien schon immer Körperschaften des öffentlichen Rechts gewesen. In Wahrheit war es vor 1919 sehr umstritten, ob die Kirchen als solche bezeichnet werden könnten.⁷⁴ In den Vorentwürfen der Reichsregierung fehlte es an einer derarti-

stimmte Kontrolle über ihre sexuelle Außenwirkung nimmt. Andererseits sehen viele Muslime in ihm eine Chance, gegenüber patriarchalischen Autoritäten Grenzen zu setzen.

73 Grundlegend *M. Heckel*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, VVDStRL 26 (1968), S. 5 (26 ff.); aus der Rechtsprechung BVerfGE 108, 282 (300); 137, 273 (Rn. 87); 139, 321 (Rn. 93); vgl. auch die Charakterisierung von *U. Scheuner*, Kirche und Staat in der neueren deutschen Entwicklung, ZevKR 7 (1959/60), S. 225 (245): gelockerte Fortsetzung der Verbindung von Staat und Kirche.

74 Ablehnend *Rosin*, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1886, S. 36 ff.; dem Begriff wird lediglich politische, aber keine rechtliche Bedeutung beigemessen bei: *P. Schoen*, Das Landeskirchentum in Preußen, VerwArch 6 (1898), S. 101 (126 f.). Besonderes Interesse verdient die Haltung von *Wilhelm Kahl*. Als Verfasser eines einflussreichen Lehrbuchs zum ev. Kirchenrecht lehnte er die Bezeichnung der Kirchen als öffentlich-rechtliche Körperschaften zunächst ab: Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik, Bd. 1, 1894, S. 332 ff., insbes. S. 337: »Bezeichnung der Kirchen als ‚öffentlicher‘ Korporation mit dem Anspruch eines rechtlichen terminus technicus ist unbrauchbar«. Später setzte er sich in der Weimarer Nationalversammlung als DVP-Abgeordneter vehement für sie ein. Häufig zitiert wird seine im Verfassungsausschuss vorgelegte Definition, wonach den Kirchen mit dem Körperschaftsstatus obrigkeitliche Befugnisse übertragen würden: Verfassungsausschuss Weimarer Nationalversammlung, 19. Sitzung, 1.4.1919, Reichstagsprotokolle Bd. 336, S. 195. Dabei wird meist übersehen, dass diese Definition am Folgetag im Verfassungsausschuss auf geschlossenem Widerstand bei den Vertretern der übrigen Parteien stieß. Sie gibt damit *nicht* den Willen des historischen Verfassungsgebers wieder. Vgl. die Wortbeiträge von Abg. *Düringer* (DNVP), Verfassungsausschuss Weimarer Nationalversammlung, 20. Sitzung,

gen Regelung. Erst im Plenum der Weimarer Nationalversammlung und später im Verfassungsausschuss tauchte die Forderung auf, die Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts zu bezeichnen.⁷⁵ Die kirchenfreundlichen Kräfte hatten sich von linken Kräften provoziert⁷⁶ gefühlt, die in den Revolutionswirren von 1918/1919 eine radikale Trennung von Staat und Kirche durchsetzen wollten. Die Wut richtete sich beispielsweise dagegen, dass angeblich 1.500 Kinder dazu gezwungen worden seien, im Braunschweiger Dom bei einer »antichristlichen Weihnachtsfeier (...) revolutionäre Hetzreden«⁷⁷ zu hören. Besonders aufgeheizt war die Stimmung unter den konservativen Abgeordneten wegen der kurzzeitigen Amtszeit des USPD-Politikers Adolph Hoffmann als preußischer Kultusminister.⁷⁸ Dieser hatte schon in der Kaiserzeit mit einer Kirchenaustrittskampagne einen gesellschaftlichen Skandal verursacht.⁷⁹ Als preußischer Kultusminister versuchte er, die Kirchen aus den Schulen zu drängen. Diese »wilde« Kirchentrennungspolitik führte zu massiven öffentlichen Protesten⁸⁰ und war schließlich der Hauptauslöser dafür, die Kirchen zu Körperschaften des öffentlichen Rechts zu erklären.⁸¹

2.4.1919, Reichstagsprotokolle Bd. 336, S. 196 f.; Wortbeitrag Abg. *Naumann* (DDP), a. a. O., S. 197; Wortbeitrag Abg. *Spahn* (Z), a. a. O., S. 197.

75 Aus der ersten Lesung im Plenum Wortbeiträge Abg. v. *Delbrück* (DNVP), Weimarer Nationalversammlung, 17. Sitzung, 28.2.1919, Reichstagsprotokolle Bd. 326, S. 389A; Abg. *Heinze* (DVP), a. a. O., S. 398D.

76 So ausdrücklich Wortbeitrag Abg. *Düringer* (DNVP), Weimarer Nationalversammlung, 19. Sitzung, 3.3.1919, Reichstagsprotokolle Bd. 326, S. 474B.

77 Wortbeitrag Abg. *R. Mumm* (DNVP), Weimarer Nationalversammlung, 25. Sitzung, 11.3.1919, Reichstagsprotokolle Bd. 326., S. 667A.

78 *Hoffmann* war von November bis Dezember 1918 gemeinsam mit *Konrad Haenisch* (SPD) preußischer Kultusminister. Mit den anderen USPD-Ministern schied *Hoffmann* zum Jahreswechsel aus der preußischen Regierung wieder aus.

79 *L. Richter*, Kirche und Schule in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung, 1996, S. 4; *G. Bandur*, Adolph Hoffmann – Leben und Werk, in: H. Groschopp (Hrsg.), Los von der Kirche, 2009, S. 29 (52). Vgl. vorgefertigte Kirchenaustrittsformulare in *Hoffmanns* populärer Schrift: Los von der Kirche!, 4. Aufl. 1908, S. 44 f.

80 *C. Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2017, § 26 Rn. 6 und Fn. 15; zu den Reaktionen der zentrumsnahen Presse mit zahlreichen Nw. *Richter*, Kirche und Schule (Fn. 79), S. 12 f.

81 Auf *Hoffmanns* Amtszeit nimmt direkt Bezug Wortbeitrag Abg. *Kahl* (DVP), Verfassungsausschuss Weimarer Nationalversammlung, 8. Sitzung, 17.3.1919, Reichstagsprotokolle Bd. 336, S. 76. Aus dem zeitgenössischen Schrifttum bestätigen *C. Israël*, Geschichte des Reichskirchenrechts, 1922, S. 12; *Giese*, AöR 46

Der Körperschaftsstatus schlägt damit die Brücke zwischen dem Thema der letztjährigen⁸² und der diesjährigen Assistententagung: Längst vergessene tagespolitische Ereignisse von 1918/1919 haben das Religionsverfassungsrecht in eine Pfadabhängigkeit verstrickt, die hundert Jahre später die Lösung von Rechtsproblemen in der globalisierten Welt erschwert.

1. Körperschaftsstatus kein Privileg christlicher Kirchen

Denn in der Verfassungswirklichkeit gefährdet die Trennung von privilegierten Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 137 Abs. 5 WRV) und nicht-privilegierten privatrechtlichen Religionsgesellschaften (Art. 137 Abs. 4 WRV) die Glaubwürdigkeit der staatlichen Neutralität in religiös-weltanschaulichen Fragen. Zwar ist der Körperschaftsstatus theoretisch für alle Religionsgesellschaften offen. Für islamische Religionsgesellschaften hat sich diese Öffnung aber praktisch bisher nicht verwirklicht.⁸³

(1924), Das kirchenpolitische System der Weimarer Verfassung, S. 1 (23); den nachdrücklichen Eindruck der *Hoffmannschen* Trennungspolitik auf die Abgeordneten von Weimar. Vgl. auch die spätere Erinnerung von *W. Kahl*, Über das Verhältnis von Staat und Kirche in Vergangenheit und Gegenwart, in: B. Harms (Hrsg.), *Recht und Staat im Neuen Deutschland*, Bd. I, 1929, S. 353 (371 f.): »Der zwingende Anstoß [dazu, das Staat-Kirchen-Verhältnis reichsrechtlich zu regeln], kam dadurch, daß [...] in den Novembertagen 1918 [...] die damaligen Machthaber aus irgeleiteteter Begeisterung für den Trennungsgedanken eine sofortige Erneuerung des Verhältnisses von Staat und Kirche [...] dekretieren zu können glaubten, aber weder mit der erforderlichen Sachkunde, noch mit der erforderlichen Gerechtigkeit. [...] Dieser Willkür war Einhalt zu tun. Die wohlbegründeten historischen Rechte der Kirchengesellschaften mußten ausreichenden Schutz erfahren. Mit dieser Forderung ging ein großer Teil der Abgeordneten in die Nationalversammlung nach Weimar.«

82 Vgl. den Tagungsband: E. Wagner et al. (Hrsg.), *Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle*, 56. Assistententagung Öffentliches Recht, 2016.

83 Zur Erfolglosigkeit bisheriger Anträge islamischer Religionsgesellschaften auf Verleihung des Körperschaftsstatus *C. Hillgruber*, *Islamische Gemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts? – Voraussetzungen und (Rechts-)Folgen*, *KuR* 2011, S. 225 (230). Zum aktuellen Stand *R. Spielhaus/M. Herzog*, *Religionspolitische Ansätze und Maßnahmen zur rechtlichen Anerkennung des Islams*, *KuR* 2016, S. 14 (20). Neunzig Jahre nach der Eröffnung ihrer ersten Moschee in Berlin-Wilmersdorf konnte die Ahmadiyya-Gemeinde den Körperschaftsstatus in Hessen erlangen. Die beiden muslimischen Hauptströmungen Sunniten und Schiiten erkennen die Ahmadiyya indes nicht als Muslime an.

Die Rechtspraxis steht in auffälligem Gegensatz dazu, dass der Verfassungswortlaut nur geringe Anforderungen an eine Religionsgesellschaft stellt, die den Körperschaftsstatus anstrebt. Verlangt wird darin lediglich, dass die Religionsgesellschaft nach ihrer Verfassung und der Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bietet. Bei der prognostischen Entscheidung⁸⁴ muss berücksichtigt werden, dass der Islam eine Weltreligion ist, die inzwischen einen signifikanten Bevölkerungsanteil in Deutschland stellt.⁸⁵ Gemeinden, die repräsentative Moscheebauten unterhalten und im sozialen Bereich tätig sind, bieten daher ohne weiteres die Gewähr ihres Fortbestehens.

Die vom Bundesverwaltungsgericht angenommene ungeschriebene Voraussetzung einer besonderen Staatsloyalität⁸⁶ widerspricht der Trennung von Staat und Kirche und ist vom Bundesverfassungsgericht zu Recht kassiert worden.⁸⁷ Übrig geblieben ist die Forderung, dass die Religionsgesellschaft rechtstreu sein müsse.⁸⁸ Gemeint ist damit aber nicht, dass die Religionsgesellschaft der staatlichen Rechtsordnung positiv gegenüberstehen oder gar ihre innere Struktur danach ausrichten müsste.⁸⁹ Wegen seiner religiös-weltanschaulichen Neutralität darf der Staat nämlich nicht den Glauben an sich, sondern nur das Verhalten einer Religionsgesellschaft bewerten.⁹⁰ Das Eintreten für eine theokratische Herrschaftsordnung tut daher der Rechtstreue keinen Abbruch.⁹¹ Die Rechtstreue

84 A. A. A. Uhle, Ein »rätselhafter Ehrentitel«, FS Isensee (2007), S. 1033 (1039), der den Körperschaftsstatus zu einer »Erfolgsprämie« erklärt. Eine in der Literatur verbreitete Ansicht, dass die Religionsgesellschaft seit etwa dreißig Jahren bestehen müsse, findet nicht nur in der Verfassung keine Stütze, sondern ist auch konventionswidrig, vgl. zur Unzulässigkeit derartiger »Wartefristen« in einem österreichischen Fall EGMR, NVwZ 2009, S. 509 (512).

85 Zutreffend H. M. Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 324 und bereits vor über dreißig Jahren (!) Loschelder, Islam (Fn. 20), S. 164; a. A. B. Lindner, Körperschaftsstatus für Muslime?, ZevKR 48 (2003), S. 178 (182).

86 BVerwGE 105, 117 (124 ff.).

87 BVerfGE 102, 370 (395 f.); zutreffend zur Gefahr einer religiösen Vereinnahmung, wenn man auf die Gemeinwohldienlichkeit der Religionsgesellschaften als Begründung für deren besonderen Status abstellt Heinig, Religionsgesellschaften (Fn. 85), S. 263 f.

88 BVerfGE 102, 370 (390).

89 Hillgruber, Islamische Gemeinschaften (Fn. 83), S. 239.

90 BVerfGE 102, 370 (394).

91 Unschärf BVerfGE 102, 370 (395).