

Oliver Lepsius

Die Religionsfreiheit als Minderheitenrecht in Deutschland, Frankreich und den USA

I. Einleitung

1. Universalität und Partikularität der Religionsfreiheit

Ob es um Kruzifixe, Kopftücher, das Schächten von Tieren oder den rituellen Genuss von Betäubungsmitteln geht: Religiös geprägtes individuelles Verhalten gerät nicht selten in Konflikt mit der Rechtsordnung. Gesetze verbieten den Gebrauch von Betäubungsmitteln; sie gebieten die Betäubung des Tieres vor dem Schlachten. Solche Regelungen verfolgen allgemeine Zwecke, etwa Gesundheits- und Tierschutz. Was aus der Sicht der Mehrheit eine neutrale, religions-indifferente Regelung ist, stellt sich aus der Sicht religiöser Minderheiten als Eingriff in die Religionsfreiheit dar, so dass das Verhältnis von Religionsfreiheit und Gesetz in Frage steht. Nicht selten verursacht gerade religiös fundiertes abweichendes Sozialverhalten besonders heftige gesellschaftliche Konflikte, weil die Regelungsansprüche der Mehrheit und die Respektansprüche der Minderheit sich unversöhnlich gegenüberstehen.

Dissens ist der Alltag des politischen Prozesses. Mit Dissens umzugehen, Interessenkonflikte und differente Wertbezüge zuzulassen und zu institutionalisieren, ist die große Errungenschaft des westlichen Verfassungsstaats. Seine Verfahrensordnung verschafft der Minderheit die Chance, zur Mehrheit zu werden. Deswegen partizipiert die Minderheit an der politischen Willensbildung. In diesem Punkt unterscheidet sich jedoch Religion von anderen Themen. Denn bei religiösem Dissens ist die Institutionalisierung nicht auf Integration und Vermittlung (Parlament), sondern auf Separation und Bekräftigung (Kirchen) ausgerichtet. Im Unterschied zu politischem, sozialem oder wirtschaftlichem Dissens dürfen religiöse Gegensätze Bestandsschutz beanspruchen. Mit anderen Worten: In Glaubensfragen wird kein Kompromiss erwartet.

Bei der Religionsfreiheit tritt die Funktion von Grundrechten, Minderheiten vor dem Regelungsanspruch der Mehrheit zu schützen, daher besonders deutlich zutage. Wie eine Rechtsordnung die Religionsfreiheit umsetzt, gibt Aufschluss über Stellung

und Funktion von Grundrechten – und zwar über den Bereich der Religion hinaus. Grundrechte besitzen in der westlichen Welt heute universelle Geltung. Ihre Funktion und konkrete Wirkungsweise ist gleichwohl abhängig von historischen und sozialen Eigenheiten, die auch den Rechtsordnungen in den einzelnen Ländern zugrunde liegen. Oft tritt die Differenz nicht offen zutage, weil die geschützten Freiheitsbereiche grosso modo ähnlich sind. Nimmt man indes das Grundrechtsverständnis näher in den Blick, zeigen sich bemerkenswerte Unterschiede in der Funktion und Wirkungsweise der Grundrechte. Die Religionsfreiheit ist dafür ein besonders instruktives Beispiel, weil sie seit langer Zeit ein zentrales Freiheitsrecht ist, das nicht nur in Menschenrechtserklärungen und den meisten europäischen Verfassungen kodifiziert ist,¹ sondern als das Urgrundrecht schlechthin gilt.² Zudem besitzt momentan kaum ein anderes Grundrecht eine größere Aktualität als die Religionsfreiheit.

Lange Zeit war es, zumindest in der Bundesrepublik, still um die Religionsfreiheit geworden. Die rechtlichen Brennpunkte lagen anderswo. Daher darf man vermuten, dass in der Religionsfreiheit als historisch ehrwürdigem und sozial wenig konfliktträchtigem Freiheitsrecht die traditionelle Funktion der Grundrechte charakteristisch gespeichert, wenn nicht gar konserviert ist. Anhand der neuerdings aufgetreten Konflikte lässt sich zugleich die Wirkung spezifisch nationaler Grundrechtsverständnisse an vergleichbaren Sachverhalten studieren. Meine Überlegungen sollen einen Eindruck vermitteln, worauf der Schutz der Religionsfreiheit in Frankreich, den USA und der Bundesrepublik gerichtet ist, inwieweit das nationale Grundrechtsverständnis die unterschiedlichen historischen Entstehungsbedingungen der Religionsfreiheit widerspiegelt und die Behandlung aktueller religionsspezifischer Probleme beeinflusst.

2. Drei Dimensionen von Freiheit

Die Religionsfreiheit umfasst drei Dimensionen von Freiheit:³ (a) Die individuelle Dimension schützt die Glaubensfreiheit als *forum internum*. Sie enthält das Recht, einen Glauben zu haben, zu wechseln und entsprechend zu handeln, etwa die Freiheit, seine Glaubensüberzeugung anderen mitzuteilen (Bekenntnisfreiheit). Sie wehrt staatliche Einflussnahme auf religiöse Überzeugungen ab. (b) Die kollektive Dimension bezieht die Handlungen ein, die gemeinschaftlich vorgenommen werden (müssen). Sie ist auf Interaktion und Gemeinsamkeit gerichtet. Darunter fällt

1 Die Religionsfreiheit wird u.a. statuiert in Art. 18 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948); Art. 9 EMRK; Art. II-70 Entwurf Europäischer Verfassungsvertrag (Europäische Grundrechte-Charta). Als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten gilt die Religionsfreiheit über Art. 6 Abs. 2 EUV auch als Prüfungsmaßstab im Europarecht.

2 Die These geht zurück auf *G. Jellinek*, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 3. Aufl. 1919 (1895), S. 46-56; vgl. dazu noch näher hier Abschnitt V,1.

3 *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 379-381.

die Freiheit, sich nach seinen religiösen Überzeugungen zu verhalten (Religionsausübungsfreiheit und Kultusfreiheit) und zu Religionsgemeinschaften zusammenzuschließen. Die kollektive Religionsfreiheit schließt andere Menschen ein, sei es als Adressaten religiöser Verhaltensformen, sei es als Mitwirkende beim Praktizieren des Glaubens. (c) Hinzu tritt die institutionelle Dimension, welche die Verfestigung der Glaubensgemeinschaft und ihr Recht auf Organisation und Autonomie umfasst. Grundrechtsträger ist hier nicht der Einzelne, sondern die Glaubensgemeinschaft.

Im Grundgesetz der Bundesrepublik kommen diese drei Dimensionen besonders deutlich zum Ausdruck:⁴ Art. 4 Abs. 1 GG („Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.“) erfasst mit der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit die individuelle Dimension, während Art. 4 Abs. 2 GG („Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.“) mit der Religionsausübungsfreiheit (Kultusfreiheit) die gemeinschaftliche Dimension sichert. Die institutionelle Dimension schließlich wird in den staatskirchenrechtlichen Vorschriften besonders geregelt (Art. 140 GG, der die Fortgeltung der Art. 136-139, 141 WRV anordnet). Ihre wichtigsten Aussagen sind: Es besteht keine Staatskirche, die Freiheit der Vereinigung zu Religionsgesellschaften wird gewährleistet; ihre Angelegenheiten ordnen und verwalten die Religionsgesellschaften selbst. Die Kirchen sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert. Aus dem Körperschaftsstatus ergeben sich besondere Rechte und Privilegien zur Verwirklichung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts (u.a. Disziplinargewalt, Kirchensteuer, Eigentumsrechte). Anderen Religionsgesellschaften sind auf ihren Antrag gleiche Rechte zu gewähren, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten (Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV).

II. Die Religionsfreiheit in Deutschland

1. Schutzbereiche und Schranken: allgemeine Bemerkungen

In Deutschland sollen die Grundrechte umfassenden Freiheitsschutz gewährleisten und jegliche Form individuellen Handelns grundrechtlich erfassen. Die Schutzbereiche der Grundrechte (z.B. Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie, Glaubensfreiheit) sind daher tendenziell weit gefasst. Die

⁴ Statt vieler *M. Morlok/J. Krüper*, Staatskirchenrecht, in: Evangelisches Staatslexikon, 4. Aufl. 2006, Sp. 2315-2318; *P. Mikat*, Staat, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 29; *B. Jeand'Heur/S. Koriath*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000; *W. Fiedler/G. Robbers/M. Brenner*, Staat und Religion, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 59 (2000); *C. D. Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003; *C. Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006.

Konsequenz eines solchen freiheitsfreundlichen Vorgehens ist: Unentwegt entstehen Eingriffe in diese Freiheitsbereiche, die gerechtfertigt werden müssen. Schon eine rote Ampel beeinträchtigt einen Bürger in der allgemeinen Handlungsfreiheit und wird zum rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff.

Die Alternative zu dieser Herangehensweise wäre eine einengende Definition des durch die jeweiligen Grundrechte geschützten Verhaltens. Am Beispiel der roten Ampel: Ist die bloße Teilnahme am Straßenverkehr schon Grundrechtsausübung oder nur allgemeines Sozialverhalten, das keinem besonderen Freiheitsschutz unterliegt? Wer aber wollte ex ante bestimmen, welches Verhalten schon oder noch in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt? Zu einengenden Schutzbereichsbestimmungen hat man sich in der Bundesrepublik daher nicht durchgerungen. Ein solches Vorgehen scheint dem Ziel des umfassenden Freiheitsschutzes individuellen Verhaltens zu widersprechen. Folglich genießt auch die Teilnahme am Straßenverkehr als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit grundrechtlichen Schutz. Zudem gründet die Aversion gegenüber Schutzbereichsbegrenzungen auf einer institutionellen Überlegung: Eine nähere Definition grundrechtlich geschützten Verhaltens müsste von jenen Gewalten vorgenommen werden, die nach Art. 1 Abs. 3 GG gerade durch die Grundrechte gebunden sind.

Die Entwicklung der Grundrechte in der Bundesrepublik ist daher durch eine inzwischen schon traditionelle Zurückhaltung gekennzeichnet, die Schutzbereiche der Grundrechte vorab zu definieren. Sonst wären bestimmte Formen des Sozialverhaltens möglicherweise nicht (oder substantiell geringer) geschützt. Dieses Unbehagen gegenüber Schutzbereichsbegrenzungen führt dazu, dass im deutschen Recht nahezu jedwedes Verhalten grundrechtlich geschützt ist.⁵ Sogar das Reiten im Walde – um ein berühmtes Beispiel aus der Rechtsprechung zu zitieren – genießt den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).⁶ Wenn kein spezielleres Grundrecht einschlägig ist, garantiert zumindest sie einen grundrechtlichen Mindestschutz; man spricht insofern von der „Auffang-“ oder „Schutzergänzungsfunktion“ der allgemeinen Handlungsfreiheit.⁷

Dieses das deutsche Recht kennzeichnende weite und freiheitsfreundliche Verständnis wird sodann auf der Ebene der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen korrigiert. Weil jedwedes Verhalten Privater grundrechtlichen Schutz genießt, greift die öffentliche Gewalt permanent in Grundrechte ein, selbst wenn sie das Reiten im Walde auf Reitwege beschränkt oder eine Ampelanlage installiert. Im Grundgesetz unterliegen die Grundrechte abgestuften Gesetzesvorbehalten, welche Eingriffe zu

5 Ausnahmen betreffen etwa Verhaltensformen, die intentional gegen die Rechtsordnung verstoßen. Beispiel: Der Taschendieb genießt nicht den Schutz der Berufsfreiheit, auch wenn die Tätigkeit dem Lebensunterhalt dient, was ansonsten ein Merkmal der Berufsausübung ist.

6 BVerfGE 80, 137 (153 f.), dagegen Sondervotum *D. Grimm* BVerfGE 80, 164 (167-169) [1989].

7 *W. Kahl*, Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, 2000, S. 12 ff. m.w.N.

bestimmten Zwecken gestatten. Als Beispiel seien Schutzbereich und Gesetzesvorbehalt der Meinungsfreiheit zitiert: „Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.“ (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, Schutzbereich.) „Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.“ (Art. 5 Abs. 2 GG, Gesetzesvorbehalt/Grundrechtsschranke.) Das tatsächliche Schutzniveau ergibt sich erst aus dem Zusammenspiel von geschützten Freiheitsbereichen und den jeweiligen verfassungsrechtlichen Anforderungen, welche die Grundrechtsschranken an die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen stellen.

Hier nun entsteht bei der Religionsfreiheit ein Sonderproblem, weil dieses Grundrecht im Grundgesetz keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt. Man spricht insofern von einem „vorbehaltlos gewährleisteten Grundrecht“. Zur Rechtfertigung von Eingriffen kann bei der Religionsfreiheit nur auf so genannte grundrechtsimmanente Schranken und kollidierendes Verfassungsrecht zurückgegriffen werden. Dies führt dazu, dass die Rechtfertigungshürden bei Eingriffen in die Religionsfreiheit höher sind als bei Eingriffen in die Meinungs- oder allgemeine Handlungsfreiheit. Letztere unterliegen Gesetzesvorbehalten mit der Folge leichterer Einschränkbarkeit. Es macht also einen Unterschied, ob z.B. das Tragen des Kopftuchs als Religionsausübung aufgefasst wird (Art. 4 Abs. 2 GG, nur verfassungsimmanente Schranken), ob es als politische Aussage zur Meinungsfreiheit zählt (Art. 5 Abs. 1, 2 GG, qualifizierter Gesetzesvorbehalt) oder bloß als Kleiderfrage unter die allgemeine Handlungsfreiheit subsumiert wird (Art. 2 Abs. 1 GG, einfacher Gesetzesvorbehalt). Stellt sich ein Verhalten als Religionsausübung dar, genießt es einen im Vergleich zu anderen Verhaltensformen privilegierten Schutz.

Zu einem wesentlichen Element des effektiven Grundrechtsschutzes wird zudem eine Zweck-Mittel-Kontrolle, die BVerfG und Rechtswissenschaft unter dem Oberbegriff „Verhältnismäßigkeit“ entwickelt haben. Der Verhältnismäßigkeitsmaßstab ermöglicht eine graduelle Kontrolle von Grundrechtseingriffen nach der Intensität des Eingriffs und des Schutzgutes. Insgesamt gilt: Ob und inwieweit ein bestimmtes Verhalten effektiven grundrechtlichen Schutz gegenüber Eingriffen der öffentlichen Gewalt genießt, wird in erster Linie durch die Rechtfertigungshürden der Gesetzesvorbehalte und die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit entschieden.

Für die Religionsfreiheit ist das hier nur knapp skizzierte Modell des deutschen Grundrechtsschutzes einerseits besonders plausibel (weite Schutzbereiche), andererseits nicht ohne weiteres praktikabel (fehlender Gesetzesvorbehalt). Als plausibel erweist es sich im Hinblick auf die weite Bestimmung des Schutzbereichs: Denn wer wollte entscheiden, welche inhaltlichen Voraussetzungen an eine Religion zu stellen sind, welches Verhalten (noch) religiös geboten ist oder welchen Umfang Glaube oder Gewissen besitzen? Das BVerfG hat es daher vermieden, Religion zu definieren. Es vertraut statt dessen auf das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers.

Dies führt zu einem besonders weiten Umfang der Religionsfreiheit.⁸ Sie schützt die Freiheit des Einzelnen, „sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln.“⁹ Dazu zählen auch „religiöse Überzeugungen, die für eine konkrete Lebenssituation eine ausschließlich religiöse Reaktion zwar nicht zwingend erfordern, diese Reaktion aber für das beste und adäquate Mittel halten, um die Lebenslage nach der Glaubenshaltung zu bewältigen.“¹⁰ Nach dem heutigen Stand der Dogmatik könnte nicht nur vieles, sondern sogar alles Religion sein, wenn es nur dem Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft entspricht.¹¹

Dieses weite Grundrechtsverständnis wäre kein spezifisches Problem der Religionsfreiheit, wenn Art. 4 GG einen Gesetzesvorbehalt enthielte, wie es etwa in der Weimarer Reichsverfassung der Fall war (Art. 135 Satz 3 WRV) und in der EMRK der Fall ist (Art. 9 Abs. 2 EMRK). Auf eine differenzierte Vorbehaltsdogmatik kann das Grundgesetz bei der Religionsfreiheit jedoch gerade nicht vertrauen, weil Art. 4 GG neben der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit das einzige vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht ist. Nur kollidierendes Verfassungsrecht kann zur Rechtfertigung von Einschränkungen herangezogen werden, was die Rechtfertigungshürden besonders hoch legt. Im Vergleich zu anderen Grundrechten, bei denen weite Schutzbereiche mit weiten Eingriffsmöglichkeiten korrespondieren, genießt die Religionsfreiheit daher einen privilegierten Schutz, weil zum einen der Grundrechtsträger über das Kriterium des Selbstverständnisses nahezu jedwedes Verhalten dem Schutz des Art. 4 GG unterziehen kann und zum anderen die Rechtfertigungshürden für Eingriffe durch das Erfordernis kollidierenden Verfassungsrechts besonders hoch hängen.

2. Selbstverständnis und institutionelle Kontrolle

Diese grundrechtliche Asymmetrie behob das BVerfG mit einem Kunstgriff. Es ließ die Behauptung eines religiösen Selbstverständnisses nur genügen, wenn es von einer *Religionsgemeinschaft* anerkannt wurde. Auf diese Weise wurde die individuelle Religionsfreiheit an eine institutionelle Einbindung in eine Religionsgemeinschaft geknüpft. Dies schien doppelt plausibel: Zum einen enthob es die staatlichen Instanzen der problematischen Schutzbereichsbestimmung bei religiösem Verhalten,

8 Seit BVerfGE 24, 236 (245 f.) [1968] bis BVerfGE 108, 282 (297) [2003]. Die Entwicklung fassen zusammen: M. Heckel, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band, 2001, 379-420; W. Hassemer/D. Hömig, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich der Bekenntnisfreiheit, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1999, S. 525 ff.

9 BVerfGE 32, 98 (106) [1971]; bekräftigt durch BVerfGE 93, 1 (15) [1995].

10 BVerfGE 32, 98 (106 f.).

11 So A. Hense, Glockenläuten und Uhrenschlag, 1998, S. 198.

zum anderen trug es den Eigenheiten der Religionsausübung Rechnung. Schließlich bedarf die Kultusfreiheit einer gemeinschaftlichen Verfestigung; den Glauben zu praktizieren, setzt eine Gemeinschaft der Gläubigen voraus. Da die Religionsgemeinschaften als Träger der institutionellen Religionsfreiheit anerkannt sind, verfügt man mit ihnen über nicht-staatliche Instanzen, welche die unendliche Vielfalt von potentiell religiös motiviertem Verhalten der Individuen institutionell kontrollieren. Mit anderen Worten: Der religionsfreundliche, privilegierte Schutz des Art. 4 GG setzt eine institutionelle Einhegung durch Kirchen voraus. Für die Reichweite des individuellen Schutzes der Religionsfreiheit wird dadurch auch das Staatskirchenrecht maßgeblich, das an die Organisation von Religionsgemeinschaften und den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts besondere Anforderungen stellt, zugleich aber auch Schutz gewährt.

Das bis heute für die Ausgestaltung der Religionsfreiheit maßgebliche Urteil des Bundesverfassungsgerichts stammt aus dem Jahr 1968 und wurde unter dem Namen „Aktion Rumpelkammer“ oder „Lumpensammler-Entscheidung“ berühmt.¹² In ihr verstand das BVerfG sogar die Altkleidersammlung zu karitativen Zwecken als Religionsausübung. Folgender Fall lag der Entscheidung zugrunde: Im Unterallgäu wurde von den Kanzeln dazu aufgerufen, die Katholische Landjugend beim Altkleidersammeln zu unterstützen. Daraufhin kam der Betrieb einer Rohstoffgroßhandlung mit 17 Arbeitnehmern zum Erliegen, weil sie kaum noch Lumpen erhielt und das gesammelte Material wegen Übersättigung des Marktes nicht absetzen konnte. Das Landgericht untersagte der Landjugend, ihre Altmaterialsammlung durch Werbung von den Kanzeln vorzubereiten; dies verstöße gegen das Verbot unlauteren Wettbewerbs. Dagegen erhob die Katholische Landjugend Verfassungsbeschwerde: Das Urteil verletze sie in ihrem Grundrecht auf Religionsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht gab ihr Recht.

Merkwürdig ist erst einmal Folgendes: Das Recycling fällt unter die Religionsfreiheit, wenn eine kirchliche Organisation die Lumpen sammelt, hingegen zählt es zur Berufsfreiheit, wenn ein Privatmann tätig wird. Es kommt also nicht auf das Verhalten an (Lumpensammeln), sondern den sich Verhaltenden (kirchliche Organisation oder Privatmann). Aus der Sicht der Religionsfreiheit wirkt diese Differenzierung plausibler. Denn wie sollte das Bundesverfassungsgericht entscheiden, was (noch) zur Pflege oder Förderung eines religiösen Bekenntnisses oder zur Verkündung des Glaubens beiträgt und was (nur) Gewinnerzielung ist? Gehören Sammlungen mit Gewinnerzielung zur Religionsfreiheit? Nur wenn sie mildtätigen Zwecken dienen oder auch, wenn der Erlös zum Bau eines Vereinsheims für die Landjugend dient? Wo endet die Religionsausübung und wo beginnt der Schutz der Berufsfreiheit? Das Gericht möchte diese Grenze nicht ziehen, wohl auch vor dem Hinter-

12 BVerfGE 24, 236 (246-251) [1968]. Zu dieser Entscheidung *K. Pabel*, in: J. Menzel (Hrsg.), *Verfassungsrechtsprechung*, 2000, S. 154-157; *R. Herzog*, *Maunz-Dürig, Grundgesetz*, 27. Lfg. 1988, Art. 4 Rn. 102-105; *P. Häberle*, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, S. 125-137.

grund der vielfältigen sozialen Aktivitäten der Kirchen, vom Kindergarten bis zum Krankenhaus. Es vertraut in diesem Punkt dem Selbstverständnis der Kirchen. Ihnen wird institutionell und inhaltlich die Bestimmung übertragen, was zur Religionsausübung zählt. Zwar sei, stellt der Senat fest, die Katholische Landjugendbewegung organisatorisch nicht in die Katholische Kirche eingegliedert. Sie sei ihr aber dennoch institutionell verbunden, weil in allen Führungsgremien katholische Seelsorger kraft ihres Amtes mitwirken und die Diözesanbischöfe auf die Ziele der Landjugend Einfluss ausüben.¹³ Mit anderen Worten: Lumpensammeln ist Religionsausübung, wenn es von der Kirche organisiert wird.

Die in dieser Entscheidung 1968 begründete weite Schutzbereichsbestimmung ist nur verständlich vor dem Hintergrund eines Vertrauens auf die institutionelle Einbindung des geschützten Verhaltens unter das Dach kirchlicher Organisationen. Dieser Hiatus, Einräumung eines weiten Schutzbereichs der Religionsfreiheit bei institutioneller Selbstkontrolle, hat zur Konsequenz, dass individuelles Verhalten nicht nur grundrechtlich, sondern innerhalb der Grundrechte sogar privilegiert geschützt wird, wenn es sich als Religionsausübung darstellt.¹⁴ Da über diese Frage der Grundrechtsträger weitgehend selbst entscheidet (Kriterium des Selbstverständnisses)¹⁵ und gerade nicht extern definiert wird, was Religionsausübung ist und was nicht,¹⁶ kann sich die Religionsfreiheit zu einem effektiven Minderheitenschutz entwickeln. Minderheiten wären gut beraten, abweichendes Sozialverhalten religiös zu begründen. Sie genossen dann einen Schutz in der Rechtsordnung, der anderen Verhaltensformen nicht zukommt. Taktisch empfähle es sich beispielsweise, aus politischen Meinungen religiöse Bekenntnisse zu machen, weil diese ein höheres Schutzniveau als politische Meinungen genießen. Die deutsche Grundrechtsdogmatik zur Religionsfreiheit begünstigt daher Tendenzen, das Sozialverhalten von Minderheiten religiös zu fundieren.

3. Religionsfreiheit als Minderheiten- oder Mehrheitsrecht?

In Deutschland freilich ist die Religionsfreiheit gerade nicht als Minderheitenrecht empfunden worden. Die Grundrechtsdogmatik steht daher vor besonderen Heraus-

13 BVerfGE 24, 236 (247) [1968].

14 Vgl. *R. Herzog* (Fn. 12), Art. 4 Rn. 16 f.

15 Ständige Rspr. seit 1968: BVerfGE 24, 236 (247 ff.); 53, 366 (401); 66, 1 (22); 83, 341 (356); 108, 282 (298, 305). Befürwortende Stimmen: *M. Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, insbes. S. 49 ff., 78 ff.; *A. Isak*, Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften, 1994, S. 102 ff.; *M. Heckel*, Religionsfreiheit (Fn. 8), S. 401-403; kritische Stimmen: *J. Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte? 1980; *P. Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, Juristenzeitung 1989, S. 913 (918); *A. Hense*, Glockenläuten (Fn. 11), S. 203-211.

16 Zum Selbstbestimmungsrecht *S. Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 23 f., 27 ff., 181 ff.

forderungen, wenn sich religiöse Minderheiten auf Art. 4 GG berufen.¹⁷ Denn die mehr mitgedachte als ausgesprochene Voraussetzung des Grundrechtsschutzes ist, dass religiös begründetes Verhalten auch institutionell und inhaltlich von Religionsgemeinschaften als Religionsausübung anerkannt wird.¹⁸ In dem Moment, in dem sich Minderheiten für abweichendes Sozialverhalten auf die Religionsfreiheit berufen, lässt das Bundesverfassungsgericht das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers nicht mehr genügen. In solchen Fällen wird vielmehr eine Plausibilitätskontrolle vorgenommen, die das individuelle Verhalten mit den institutionalisierten Verhaltensanforderungen vergleicht. So stellte das Bundesverfassungsgericht etwa fest, allein die Behauptung und das Selbstverständnis, eine Gemeinschaft sei eine Religionsausübungsgemeinschaft, könne die Berufung auf Art. 4 GG nicht rechtfertigen. Auch nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild müsse es sich um eine Religion handeln. Dies sei letztlich von den Gerichten zu prüfen.¹⁹ Einer solchen Prüfung weicht das Gericht aber regelmäßig aus, nicht zuletzt weil sie sich bei einer institutionellen Verfestigung als Religionsgemeinschaft erübrigt.²⁰ Die weite Schutzbereichsbestimmung kann von Individuen nur in Anspruch genommen werden, wenn sie sich als Minderheiten organisieren. Daraus folgt als Konsequenz: Wer sich auf die Religion beruft, unterliegt einem unterschweligen Druck zur organisatorischen Verrechtlichung.²¹

Als Zwischenfazit lässt sich feststellen: Das deutsche Vorgehen, weite Schutzbereichsbestimmung bei gleichzeitiger Vorbehaltslosigkeit, hat sich immer dann als praktikabel erwiesen, wenn die institutionelle Dimension der Religionsfreiheit berücksichtigt wird. Denn dann verfügt man mit den Religionsgemeinschaften über Kontrollinstanzen, die den Bereich legitimer Religionsausübung bestimmen und dabei nicht dem staatlichen Bereich zugerechnet werden, sondern selbst Grundrechtsträger sind. In einer etwas gewagten Analogie könnte man sagen, die Religionsausübung wird einer Form funktionaler Selbstverwaltung übertragen, so dass die scheinbare Uferlosigkeit von Fallgestaltungen der Religionsausübung durch die Selbstkontrolle der Religionsgemeinschaften begrenzt wird. Fragen des Grundrechtsschutzes werden auf die Rechtsformen des Staatskirchenrechts übertragen: Ha-

17 Überblick bei *H. M. Heinig/M. Morlok*, Von Schafen und Kopftüchern, JZ 2003, S. 777 ff.

18 *C. Waldhoff*, Inhalt und Grenzen der Religionsfreiheit in Deutschland, in: O. Depenheuer u.a. (Hrsg.), Zwischen Säkularität und Laizismus, 2005, S. 81 (86 ff.); *S. Muckel*, Begrenzung grundrechtlicher Schutzbereiche durch Elemente außerhalb des Grundrechtstatbestandes, FS Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 347 ff.; *H. Weber*, Die Religionsfreiheit im nationalen und internationalen Verständnis, ZevKR 45 (2000), S. 109 ff. (114 f.); *M. Morlok*, Selbstverständnis (Fn. 15), S. 431-438; *P. Badura*, Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz, 1989, S. 16, 50-54.

19 BVerfGE 83, 341 (353) [1991] – Bahá'í-Gemeinschaft.

20 So bei BVerfGE 83, 341 (353) [1991] – Bahá'í-Gemeinschaft; vage Plausibilitätsannahmen auch bei BVerfGE 108, 282 (299, 305) [2003] – Kopftuch.

21 *E. V. Towfigh*, Die rechtliche Verfassung von Religionsgemeinschaften. Eine Untersuchung am Beispiel der Bahai, 2006.

ben sich Religionsgesellschaften institutionell verfestigt, verfügen sie gar über den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, dann kann auf weite Schutzbereichsbestimmungen vertraut werden, mit der Folge, dass die öffentliche Gewalt der heiklen Frage nach den Grenzziehungen religiösen Verhaltens enthoben ist.

Dieses weite Freiheitsverständnis begreift Religionsausübung nicht aus der Perspektive einer individuellen Minderheit, sondern einer gesellschaftlichen Mehrheit. Es geht davon aus, dass das Sozialleben nicht nur religiös geprägt, sondern auch zu einem Teil religiös organisiert ist. Mit der Religionsfreiheit geschützt wird daher letztlich die religiöse Selbstorganisation der Gesellschaft. Der einzelne Gläubige hat an der institutionalisierten Religionsfreiheit eher reflexiv teil, als dass er ihr konstitutiver Ausgangspunkt wäre.²² Für die institutionelle Deutung der Religionsfreiheit sind nicht zuletzt historische Wurzeln verantwortlich. Denn der Protestantismus (als die große Minderheitenreligion im Alten Reich) war auf den Schutz des Landesherrn angewiesen. Schon der Augsburger Religionsfrieden und der Westfälische Frieden begründeten einen Schutz der Religion durch die Hoheitsgewalt.²³ Insofern ist erklärlich, warum die Religionsfreiheit in Deutschland nicht als Minderheitenrecht, sondern als Recht religiöser Organisationsautonomie entstanden ist und dabei einerseits einer negativen Freiheit vom Staat bedurfte, zum anderen aber auch von einer positiven Freiheit durch den Staat profitierte.

Diese Ausgestaltung der Religionsfreiheit, wie wir sie im deutschen Verfassungsrecht vorfinden, ist weder dem Wortlaut des Art. 4 GG noch Sachgesetzlichkeiten oder einer Funktionslogik des Religiösen geschuldet, sondern das Ergebnis historischer Entwicklungen, vor allem des im Gefolge der Reformation geschaffenen Religionsfriedens, der beiden christlichen Konfessionen unter dem Schutz der Hoheitsgewalt zukam. Das heißt aber auch: Das deutsche Verständnis der Religionsfreiheit setzt Kirchen voraus, durch welche religiöses Individualverhalten sozial vermittelt wird. Auf die Wahrnehmung der Religionsfreiheit als individuelles Minderheitenrecht ist das Verfassungsrecht nicht eingestellt. Es neigt vielmehr dazu, den Schutz des Art. 4 GG an die Institutionalisierung der Religionsgemeinschaft zu knüpfen. Hier liegt auch der Grund, warum sich das Verfassungsrecht der Gegenwart schwer tut gegenüber religiösem Individualverhalten sowie gegenüber Religionen, die keinen entsprechenden Organisationsgrad aufweisen.

22 BVerfGE 108, 282 (300) [2003] – Kopftuch.

23 Zur historischen Entwicklung der Religionsfreiheit und des *ius emigrandi* in Deutschland *M. Heckel*, Deutschland im konfessionellen Zeitalter, 1983; im Überblick *ders.*, Artikel Religionsfreiheit, in: Staatslexikon Band 4, 7. Aufl. 1988, Sp. 820-825; siehe auch *E.-W. Böckenförde*, Die Religionsfreiheit im Spannungsfeld zwischen Kirche und Staat, in: *ders.*, Religionsfreiheit, 1990, S. 33 ff.

4. Gegenwartsfragen des religiösen Minderheitenschutzes

In Deutschland wird die Religionsfreiheit nicht als individuelles Minderheitenrecht ausgestaltet, sondern ist auf die Bedürfnisse der christlichen Kirchen ausgerichtet. Hier liegen die Ursachen für viele aktuelle Streitfragen insbesondere gegenüber dem Islam,²⁴ auf den der Freiheitsbereich des Art. 4 GG bislang weder institutionell noch individuell zugeschnitten ist.

Deutlich wird dies etwa bei der aktuellen Frage, ob das Kopftuch als ein religiöses Symbol zu qualifizieren ist. Die islamische Lehrerin behauptet, das Kopftuch aus religiöser Überzeugung zu tragen, obwohl kein nachweisbares religiöses Gebot dies verlangt. Wie ist zu entscheiden? Genügt das Selbstverständnis der Lehrerin oder bedarf es eines autoritativen Gebots? Das BVerfG steht vor einem Dilemma, weil das Kopftuch als Kürzel für höchst unterschiedliche Aussagen und Wertvorstellungen wahrgenommen wird, die jedoch nur teilweise religiös indiziert sind: Zeichen gesellschaftlicher Unterdrückung der Frau, Festhalten an Traditionen der Herkunftsgesellschaft oder der Eltern, politisches Symbol islamischen Fundamentalismus, Identitätswahrung in der Diaspora, Zeichen sexueller Nichtverfügbarkeit, Dokumentation religiöser Orientierung im eigenen Lebensentwurf, religiös fundierte Bekleidungsregel.²⁵ Nur in den letzten beiden Deutungen unterliegt das Kopftuch indes dem Schutzbereich der Religionsfreiheit. Beruht das Tragen des Kopftuchs hingegen auf anderen Motiven, müsste es anderen grundrechtlichen Schutzbereichen zugeordnet werden, etwa der Meinungsfreiheit, zumindest aber der allgemeinen Handlungsfreiheit. Dies hätte zur Folge, dass Verbote des Kopftuchs in der Schule leichter durchsetzbar wären.

Gleichwohl hat das BVerfG in Fortführung seiner religionsfreundlichen Tendenz das Selbstverständnis der Grundrechtsträgerin genügen lassen, ohne auf die institutionelle Kontrolle des Islam zurückgreifen zu können: Weder ließ sich eine religiöse Regel finden, die das Tragen des Kopftuchs vorschreibt, noch eine rechtlich anerkannte religiöse Instanz, die über das Kopftuch als Teil der Religionsausübung Auskunft geben konnte. Beim Kopftuch handelt es sich wohl eher um einen Aspekt kultureller Identität, die sich auch auf die Religion erstreckt, als um einen Bereich genuiner Religionsausübung. Die kulturelle Identität gleichwohl dem Schutzbereich des Art. 4 GG zuzuordnen, hätte genauerer Subsumtion unter die von der Norm genauso geschützte Gewissens- und Bekenntnisfreiheit bedurft. Das Kopftuch-Urteil des BVerfG ist problematisch, weil es einen Sachverhalt unter Kriterien subsumiert,

24 C. Gusy, Integration und Religion. GG und Islam, in: U. Davy/A. Weber (Hrsg.): Paradigmenwechsel in Einwanderungsfragen, 2006, S. 166 ff.; M. Kloepfer, Der Islam in Deutschland als Verfassungsfrage, Die Öffentliche Verwaltung 2006, S. 45 ff.; T. Nagel, Islam, in: Evangelisches Staatslexikon, 4. Aufl. 2006, Sp. 1049-1058; S. Muckel, Islamischer Religionsunterricht und Islamkunde an öffentlichen Schulen Deutschlands, Juris-tenzeitung 2001, S. 58 ff.

25 So die Analyse durch BVerfGE 108, 282 (304 f.) [2003].

die nicht für abweichendes Individualverhalten, sondern für die institutionelle Selbstverwaltung in Glaubensfragen entwickelt wurden.

Einen anderen Ansatz hatte das Gericht 2002 im Schächt-Urteil verfolgt. Ob das Schächten zur Religionsausübung zählt und deswegen Art. 4 GG unterliegt, konnte offen bleiben, weil das BVerfG vorrangig auf die berufliche Tätigkeit des Metzgers und damit in erster Linie auf die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) abstellte und die Religionsfreiheit nur „verstärkend“ heranzog.²⁶ Analog hätte das Gericht den Kopftuch-Fall entscheiden, ihn als kulturelle oder politische Frage qualifizieren und von Art. 4 GG ausnehmen sollen.²⁷

Fassen wir die Entwicklung für Deutschland zusammen. Die Grundrechtsdogmatik zur Religionsfreiheit entstammt einer Zeit, die von Konflikten um die christlichen Mehrheitskirchen geprägt war. Auf religiöse Minderheiten und religiös motiviertes Individualverhalten ist sie nicht ausgerichtet. Sie wird sich also ändern müssen. Drei Wege sind denkbar: Erstens eine Abschwächung der institutionellen Anforderungen, weil von nicht-christlichen Religionen kein Organisationsgrad nach christlichem Vorbild verlangt werden kann. Zweitens eine Abschwächung des individuellen Schutzniveaus, indem Religion stärker als bisher als Minderheitenrecht begriffen wird mit der Folge entsprechender Einengungen auf der Schutzbereichsebene.²⁸ Wäre die Religionsfreiheit ein Minderheitenrecht, gehörte das Lumpensammeln bestimmt nicht dazu. Es käme auf eine genauere Bestimmung derjenigen Verhaltensformen an, die eine Religionsausübung ausmachen, mit anderen Worten: Einengungen des Schutzbereichs wären die Folge. Die institutionelle Verantwortung für diese Alternativen liegt beim BVerfG, dessen Rechtsprechung momentan eher ein Teil des Problems als dessen Lösung ist. Gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit bleibt in legislativer Verantwortung nur die dritte Möglichkeit, im Wege der Verfassungsänderung Art. 4 Abs. 2 GG (Religionsausübung) mit einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt nach dem Vorbild der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 2 GG) zu versehen. Damit wäre nicht nur der Rechtszustand der Weimarer Reichsverfassung wiederhergestellt, sondern auch eine Angleichung an Art. 9 EMRK erreicht und vor allem der neuen sozialen Bedeutung des Grundrechts als einem kulturellen und letztlich politischen Minderheitenrecht Rechnung getragen.

26 BVerfGE 104, 337 (345 f.) [2002]. Weil es sich beim Beschwerdeführer um einen Ausländer handelte, war der Prüfungsaufhänger die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Art. 12 GG ist ein Deutschen-Grundrecht; in der Sache änderte dies nichts.

27 Eine deutlichere Abgrenzung spezifisch religiöser Symbole von allgemeinen kulturellen Ausdrucksformen nahm schon der seinerzeit viel gescholtene Kreuzifix-Beschluss vor, BVerfGE 93, 1 (19) [1995], der im Kreuz das Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung erkannte und nicht etwa nur einen Ausdruck der vom Christentum mitgeprägten abendländischen Kultur. Zu dieser Problematik *W. Brugger/S. Huster* (Hrsg.), *Der Streit um das Kreuz in der Schule*, 1998, *B. Schlink*, *Zwischen Säkularisation und Multikulturalität*, in: FS Gerd Roellecke, 1997, S. 301 ff. Vgl. im übrigen BVerfGE 35, 366 (372 ff.) [1973]: Kreuzfixe im Gerichtssaal als individuelle Verletzung des Art. 4 Abs. 1 GG.

28 Diese Richtung scheint das Schächt-Urteil des BVerfG zu beschreiten, das Anleihen bei der Stufentheorie zur Berufsfreiheit erkennen lässt, BVerfGE 104, 337 (345 f.) [2002].

III. Religionsfreiheit in den USA

1. Schutzbereiche und ihre höchstrichterliche Ausgestaltung

In den Vereinigten Staaten wird die Religionsfreiheit signifikant anders als in Deutschland geregelt. Textgrundlage ist das first amendment, der erste Zusatzartikel der amerikanischen Bundesverfassung von 1791. Er garantiert neben Rede-, Presse-, Versammlungsfreiheit und dem Petitionsrecht sowohl die Religionsausübung (Exercise Clause) als auch die institutionelle Freiheit der Religionsgemeinschaften (Establishment Clause):²⁹ „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.“ Establishment und Exercise Clause werden als negatives Abwehrrecht gegenüber der Legislative formuliert, also als Recht einer religiösen Minderheit gegenüber den Regelungsvorstellungen der demokratischen Mehrheit. Diese Mehrheit darf durch Gesetze weder Religionen privilegieren noch die Religionsausübung diskriminieren.³⁰ Die institutionelle Religionsfreiheit wird im Sinne einer staatlichen Neutralität geregelt. Historisch steht dahinter die Erfahrung der Unterdrückung protestantischer Glaubensgemeinschaften durch die anglikanische Staatskirche sowie das Bestreben, eine staatlich erzwungene Glaubenseinheit zu verhindern. Den in den Kolonien gewährleisteten religiösen Pluralismus und Separatismus der protestantischen Sekten auch unter den Bedingungen der Union zu sichern, war der Sinn der Establishment Clause.³¹ Folglich ist sie als Abwehrrecht gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften der Union ausgestaltet („Congress shall make no law respecting an establishment of religion...“). Erst im Verlauf des 19. Jahrhunderts wurde die Establishment Clause auch auf die Gesetzgebung der Einzelstaaten erstreckt. Seither wird sie als allgemeines Trennungsgebot von religiösem und öffentlichem Leben verstanden.

29 *W. Heun*, Die Trennung von Kirche und Staat in den Vereinigten Staaten von Amerika, FS Martin Heckel, 1999, S. 341-357; *W. Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S. 290-300; *L. Tribe*, American Constitutional Law, 2. Aufl. 1988, S. 1154 ff.

30 Siehe vor allem *L. Levy*, The Establishment Clause: Religion and the First Amendment, 1986; *M. McConnell*, Accommodation of religion, Supreme Court Review 1985, S. 1-59.

31 Zur durchaus umstrittenen Auslegung der Establishment Clause etwa *P. Kurland*, Of Church and State and the Supreme Court, University of Chicago Law Review 29 (1961), S. 1 ff.; *D. A. Gianella*, Religious Liberty, Nonestablishment, and Doctrinal Development, Harvard Law Review 80 (1967), S. 1381-1431, 81 (1968), S. 513-590; *L. Tribe* (Fn. 29), S. 1155-1166; *M. McConnell*, The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion, Harvard Law Review 103 (1990), S. 1410-1517; *U. Fülbrig*, Die Religionsfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, 2003, S. 124-146.

Solange die Vereinigten Staaten ein protestantisches Land waren, die Religionsgemeinschaften sich selbst organisierten und die Weite des Westens Ausweichräume bot, entstanden kaum Konflikte. In der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court spielte die Establishment Clause nur selten eine Rolle. Seine Rechtsprechung gewährleistete kein hohes Schutzniveau und begrenzte die Religionsausübung durch die allgemeinen Gesetze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die für viele Jahre wichtigste Entscheidung aus 1879 betraf die mormonische Polygamie: Die Viel-ehe blieb strafbar, weil die Religionsfreiheit keine Ausnahme von allgemeinen Strafgesetzen gewährte.³²

Erst ab der Mitte des 20. Jahrhunderts erlangte die Religionsfreiheit durch das Aufkommen nicht-protestantischer Bevölkerungsgruppen praktische Bedeutung. Seitdem entstand eine umfangreiche Kasuistik, die das Verhältnis von Religionsgemeinschaften und Gesetzgebung mit einem dreistufigen Neutralitätstest bewältigt:³³ Staatliches Handeln gegenüber Religionsgemeinschaften muss (1) einen säkulareren Zweck verfolgen, der Religionen weder fördert noch behindert, darf (2) keinen positiven oder negativen Effekt auf Religionen haben und (3) die Organisationsstrukturen von Staat und Religion nicht miteinander vermischen, sondern muss die organisatorische Selbständigkeit beider gewährleisten.³⁴ An diesen Bedingungen pflegen etwa Finanzhilfen für kirchliche Schulen zu scheitern, während die Förderung einzelner Schüler an religiösen Schulen zulässig ist, weil hier die individuelle und nicht institutionelle Förderung im Vordergrund steht.³⁵

Weil das amerikanische Religionsverfassungsrecht säkularer Neutralität verpflichtet ist und gerade keine positive institutionelle Dimension ausbildet, kann es bei der kollektiven Religionsfreiheit auch nicht, wie die deutsche, auf sie vertrauen. Dies hat zur Folge, dass die individuelle Dimension (Glaubensfreiheit) und die kollektive Dimension (Religionsausübung) unterschiedlich behandelt werden und nur erstere vorbehaltlos geschützt wird. Die Religionsausübung (Exercise Clause) unterliegt einem weiten gesetzgeberischen Regelungszugriff. Das war nicht immer so,³⁶

32 Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 (1879).

33 Sog. „Lemon-Test“, Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971); fortentwickelt durch Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984), Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992), Mueller v. Allen, 463 U.S. 388 (1983); Mitchell v. Helms, 530 U.S. 793 (2000); Ausnahmen zugunsten von Religionsgemeinschaften werden einzelfallbezogen zugelassen.

34 Überblicke bei W. Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. 2001, S. 187 f.; ders., Grundrechte (Fn. 29), S. 292 f.; U. Fülber (Fn. 31), S. 148 ff., 248 ff., 277 ff.; A. Greene, The Political Balance of the Religion Clauses, Yale Law Journal 102 (1993), S. 1611 ff.; S. Smith, Free Exercise Doctrine and the Discourse of Disrespect, University of Colorado Law Review 65 (1994), S. 519 ff.; F. M. Gedicks, The Normalized Free Exercise Clause, Indiana Law Journal 75 (2000), S. 77 ff.

35 Zu den Grundsätzen wenn auch inzwischen veraltet: M. Quaas, Staatliche Hilfen an Kirchen und kirchliche Institutionen in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1977.

36 Die früheren Leitentscheidungen waren: Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963); Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972). Der Fall Sherbert betraf Arbeitslosenhilfe, die nicht versagt werden durfte, wer Samstagsarbeit aus religiösen Gründen verweigerte. In der Yo-

sondern ist das Ergebnis eines Wechsels in der Rechtsprechung des Supreme Court im Jahr 1990 durch die Entscheidung im Fall Smith.³⁷ Zwei Indianern war Arbeitslosenhilfe versagt worden, weil sie wegen des strafbaren Rauchens von Peyote selbstverschuldet entlassen worden waren. Vergeblich beriefen sie sich darauf, der Genuss bestimmter Rauschmittel gehöre zu ihrer Religionsausübung. Der Supreme Court hingegen erklärte: „we have never held that an individual’s religious beliefs excuse him from compliance with an otherwise valid law prohibiting conduct that the state is free to regulate.“³⁸ Allgemeine Gesetze (wie z.B. Betäubungsmittelgesetze) können die Religionsausübungsfreiheit einschränken, solange sie keine gezielte und spezifisch religiöse Behinderung enthalten.

Dem Kongreß ging dieser Schutz der Religionsausübung nicht weit genug. Auf das Urteil reagierte er 1993 mit einem Gesetz, das strengere Eingriffsvoraussetzungen statuierte, um auf diese Weise das frühere Schutzniveau wieder herzustellen. Substantielle Eingriffe in die individuelle Religionsausübung unterliegen danach der gesetzlichen (nicht: verfassungsrechtlichen) Voraussetzung, dass der staatliche Eingriff ein zwingendes Interesse mit verhältnismäßigen Mitteln verfolgt.³⁹ Diesen im Vergleich zum Verfassungsrecht höheren einfachrechtlichen Schutz der Religionsausübung hat der U.S. Supreme Court in einer neuen Entscheidung aus dem Jahr 2006 akzeptiert.⁴⁰ Erneut ging es um Betäubungsmittel: Dem US-Ableger einer Amazonas-Sekte (130 Mitglieder) war der rituelle Genuss eines Halluzinogene enthaltenden Hoasca-Tees verboten worden. Das Verbot verstieß nach Ansicht des Supreme Court nicht gegen das Verfassungsrecht, sondern gegen die einfachrechtlichen Voraussetzungen des Gesetzes aus 1993 und war deswegen aufzuheben.

Der Fall erregte Aufmerksamkeit, weil das Gericht im Wege der Auslegung des Gesetzes auf die Voraussetzungen des an sich durch die Smith-Entscheidung aufgehobenen früheren Rechtszustandes zurückgriff. Am geringen spezifisch verfassungsrechtlichen Schutz der Religionsausübung hat diese Entscheidung nichts geändert. *Smith* ist weiterhin geltendes Verfassungsrecht. Die gesetzliche Ausgestaltung der Religionsfreiheit ist also augenblicklich religionsfreundlicher als sie es verfassungsrechtlich sein müsste. Zudem wird deutlich: Anders als in Deutschland wird die Lösung aktueller Probleme institutionell in erster Linie von der Legislative und nicht von der Judikative vorgenommen. Es ist die Gesetzgebung des Kongresses und nicht die Rechtsprechung des Supreme Court, die religiösen Minderheiten Ausnahmen

der-Entscheidung entband der U.S. Supreme Court Kinder der amischen Mennoniten von der staatlichen Schulpflicht. Siehe auch *L. Friedman*, *American Law in the 20th Century*, 2002, S. 510-514.

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

38 Ebd.

39 Religious Freedom Restoration Act 1993 (RFRA), 107 Stat. 1488, 42 U.S.C. §§ 2000bb ff.

40 *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficiente União do Vegetal*, Entscheidung v. 21.2.2006, zum Abdruck vorgesehen im Entscheidungsband 546 U.S. (2006).

von den allgemeinen Gesetzen gewährt, etwa beim rituellen Genuss von Betäubungsmitteln.⁴¹

2. Unterschiede Deutschland – USA

Im US-amerikanischen Verfassungsrecht ist die individuelle Dimension der Religionsfreiheit zwar textlich stärker, aber praktisch mit schwachem Niveau geschützt, während die institutionelle Dimension zwar textlich schwächer, dafür aber im Ergebnis im Sinne der Neutralität und Sphärentrennung stark ausgestaltet ist.⁴² Angesichts dieser Rechtslage haben Minderheiten in den USA kein Interesse daran, abweichendes Sozialverhalten als Religionsausübung zu deklarieren, sondern legen Wert darauf, es als Meinungsfreiheit zu verstehen, weil der Schutz der Rede- und Meinungsfreiheit im first amendment stärker gewährleistet und von der Rechtsprechung auch ungleich strenger überprüft wird.⁴³ Die schwierigen Abgrenzungsfälle sind daher nicht im Bereich der Bekenntnisfreiheit oder Religionsausübung angesiedelt, sondern bei der Meinungsfreiheit oder beim right to privacy.⁴⁴

In den USA steht die Religionsfreiheit außerdem im first amendment, welches mit der Rede- und Meinungsfreiheit, Presse- und Versammlungsfreiheit einerseits genuin politische Rechte, andererseits klassische individuelle Minderheitenrechte garantiert.⁴⁵ Der Schutz der Religion ist hier die Folge eines Grundrechtsverständnisses, das auf spezifisch demokratische Freiheitseingriffe bezogen ist, nämlich die Unterdrückung einer Minderheit. Einer religiösen Mehrheit wird insbesondere die Möglichkeit verwehrt, ihre Religion mit Hilfe der Rechtsetzung zu bevorzugen.⁴⁶ Das first amendment reagiert also auf eine klassische demokratische Freiheitsbedrohung, während der deutschen Herangehensweise diese Vorstellung fremd ist und we-

41 Ein Bundesgesetz gestattet inzwischen auch Indianern das Rauchen von Peyote, 42 U.S.C. § 1996a(b)(1) [1994], obgleich dieses nach der Smith-Entscheidung 1990 auch durch Betäubungsmittelgesetze allgemein verboten werden könnte, vgl. Fn. 37.

42 Genauerer Vergleich bei *E. Eberle*, Free Exercise of Religion in Germany and the United States, *Tulane Law Review* 78 (2004), S. 1023 ff., insbes. 1068 ff.; ferner *U. Fülbier* (Fn. 31), S. 319 ff.

43 Als Widerspruch innerhalb des first amendments empfindet dies *F. M. Gedicks*, Normalized Free Exercise Clause (Fn. 34).

44 Zu den „hard cases“ *W. Brugger*, Demokratie, Freiheit, Gleichheit, 2002, S. 226 ff., 263 ff.; *E. Eberle*, Cross Burning, Hate Speech, and Free Speech in America, *Arizona State Law Journal* 36 (2004), S. 953 (971 ff.); *G. Stone*, Perilous Times. Free Speech in Wartime, from the Sedition Act 1798 to the War on Terrorism, 2004; *C. Sunstein*, Democracy and the Problem of Free Speech, 1993.

45 Zur Einbettung der Religionsfreiheit in den Kontext der Kommunikationsgrundrechte siehe auch *W. Brugger*, Demokratie (Fn. 44), S. 263.

46 Dieser Gedanke lag vor allem der Begründung der Establishment Clause durch J. Madison zugrunde, vgl. *D. Currie*, The Constitution in Congress. The Federalist Period 1789-1801, 1997, S. 113; *E. Eberle*, Roger Williams' Gift: Religious Freedom in America, *Roger Williams University Law Review* 4 (1999), S. 425 ff.

niger das individuelle Minderheitenrecht sondern die organisatorische Selbstständigkeit der Religionsgemeinschaften im Vordergrund steht.

IV. Religionsfreiheit in Frankreich

In Frankreich treffen wir auf ein drittes Modell, welches sich vom deutschen und amerikanischen gleichermaßen unterscheidet.⁴⁷ Die französische Textgrundlage ist immer noch Art. 10 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. In ihr wird die Religionsausübungsfreiheit als Teil der Meinungsäußerungsfreiheit erwähnt: „Niemand soll wegen seiner Meinungen, selbst religiöser Art, belästigt werden, solange ihre Äußerung nicht die durch das Gesetz begründete öffentliche Ordnung stört.“ In Frankreich unterliegt die Religionsausübung einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Wie in den USA – und im Unterschied zu Deutschland – wird sie als politisches Recht begriffen, nicht aber als Minderheitenrecht, das gegenüber einer Tyrannei der Mehrheit geschützt werden müsste – wie in Deutschland und nun im Unterschied zu den USA.

1. Das allgemeine Gesetz als Ausdruck politischer Freiheit

Hier zeigt sich eine Grundeigenschaft des französischen Rechtsverständnisses: Mit der Revolution ist die Gesetzgebung zum Ausdruck des allgemeinen Willens geworden.⁴⁸ Gesetze schränken den Freiheitsbereich des Bürgers nicht ein, sondern mit Hilfe des allgemeinen Gesetzes wird die Freiheit aller ausgestaltet. Art. 34 der französischen Verfassung von 1958 wiederholt dieses Gesetzesverständnis, dem die Vorstellung eines Freiheitseingriffs fremd ist.⁴⁹

Dahinter steht ein radikaldemokratischer Gedanke: Das Volk muss nicht grundrechtlich vor sich selbst geschützt werden, wenn es politisch handelt. Entscheidend für den allgemeinen Willen, der im Gesetz zum Ausdruck kommt, ist die Gleichheit aller. Daher verdient die Gleichheit den grundrechtlichen Schutz,⁵⁰ nicht jedoch die

47 Im Überblick: W. Heun, Die Religionsfreiheit in Frankreich, ZevKR 49 (2004), S. 273-284.

48 Art. 6 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte bestimmt ausdrücklich: „Das Gesetz ist Ausdruck des allgemeinen Willens. Alle Bürger haben das Recht, persönlich oder durch ihre Vertreter an seiner Gestaltung mitzuwirken. Es soll für alle gleich sein, mag es beschützen oder bestrafen.“

49 Art. 34: Die Gesetze werden vom Parlament beschlossen. Durch Gesetz werden geregelt: – die Bürgerrechte und die den Staatsbürgern zur Ausübung ihrer Grundrechte gewährten grundlegenden Garantien; die den Staatsbürgern hinsichtlich ihrer Person und ihres Besitzes durch die Erfordernisse der Landesverteidigung auferlegten Verpflichtungen; ...

50 Instruktiv in der Gegenüberstellung zur deutschen Gleichheitsdogmatik O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, 1992, zur historischen Entwicklung in Frankreich insbes. S. 27-46. Instruktive Vergleiche enthält der Band von C. Grewe/C. Gusy

Freiheit, welche primär der gesetzlichen Ausgestaltung und Sicherung unterliegt (Art. 1, 4, 6 Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, Art. 1 Satz 2, 34 Französische Verfassung). In der Vorstellung der französischen Grundrechtstradition handelt das Volk politisch als soziale Einheit und seine Handlungsform ist das allgemeine Gesetz.⁵¹ Gegenüber der Gesetzgebung schützen Grundrechte daher die Gleichheit, während gegenüber administrativen Einzelakten auch individueller Freiheitsschutz nötig ist. Ein anderes Grundrechtsverständnis liegt der amerikanischen Tradition zugrunde. In ihr handelt das Volk politisch nicht als soziale Einheit, sondern als soziale Vielheit. Grundrechte schützen dort die Minderheit, die nicht zur Mehrheit werden kann. Die französische Regelung basiert auf einem anderen Demokratieverständnis als die amerikanische. Sie setzt die homogene Nation mit ihrer *volonté générale* voraus, während die amerikanische vom sozialen Pluralismus mit seinem Ringen um Mehrheiten ausgeht.

2. Laizistische Trennung von Staat und Kirche

Seit dem Trennungsgesetz von 1905 ist Frankreich eine laizistische Republik, wie die Verfassung der Fünften Republik erneut bekräftigt.⁵² Die Trennung von Staat und Kirche und das Gebot der staatlichen Neutralität wird in Frankreich noch rigider durchgeführt als in den USA.⁵³ Der Laizismus wirkt nicht nur gegen den Staat (etwa als Gebot staatlicher Neutralität), sondern bewirkt die gesellschaftliche Trennung von Staat und Religion. Der Staat ist areligiös, nicht antireligiös.⁵⁴

Welche Rechtsfolgen der Laizismus zeitigt, ist im einzelnen nicht immer klar.⁵⁵

(Hrsg.), *Französisches Staatsdenken*, 2002; umfassender auch *O. Beaud/E. V. Heyen* (Hrsg.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?* 1999; zu Unterschieden in deutschen und französischen Staatsverständnis auch *O. Lepsius*, *L'influence du droit public français sur la doctrine juridique allemande*, in: *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 24 (2004), S. 205 ff. (215-219).

51 Vergleichende Analyse der Demokratie in Frankreich und den USA bei *L. Cohen-Tanugi*, *Le droit sans l'État*, 1985, S. 11 ff., 59 ff., 78 ff., 127 ff. In historischer Perspektive *M. Hulliung*, *Citizens and Citoyens*, 2002, S. 22 ff., 160 ff.; sowie *G. Jellinek*, *Erklärung* (Fn. 2), S. 70 f.

52 Art. 1 der Französischen Verfassung lautet in der aktuellen Fassung: „Frankreich ist eine unteilbare, laizistische, demokratische und soziale Republik. Sie gewährleistet die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz ohne Unterschied der Herkunft, Rasse oder Religion. Sie achtet jeden Glauben. Sie ist dezentral organisiert.“

53 Zum Verhältnis von Staat und Kirche in Frankreich: *F. Messner/P.-H. Prétot/J.-M. Woehrling* (Hrsg.), *Traité de droit français des religions*, 2003; *D. Le Tourneau*, *L'Église et l'État en France*, 2003; *B. Basdevant-Gaudemet*, *Staat und Kirche in Frankreich*, in: *G. Robbers* (Hrsg.), *Staat und Kirche in der Europäischen Union*, 1995, S. 127 ff.

54 So *C. Gusy*, *Kopftuch – Laizismus – Neutralität*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung* 2004, S. 153 ff. (157, 160).

55 *J. Baubérot*, *Histoire de la laïcité en France*, 2. Aufl. 2003; *C. Durand-Primborgne*, *La Laïcité*, 1996; *M. Barbier*, *La Laïcité*, 1995; *R. Drago*, *Laïcité, neutralité, liberté*, in: *Droit et*

Kontrovers beurteilt wird seine Reichweite vor allem innerhalb der Schule.⁵⁶ Kann auch von den Schülern religiöse Neutralität verlangt werden mit der Folge, dass religiöse Symbole in der Schule verboten werden dürfen? In Frankreich dreht sich die Auseinandersetzung nicht um das Kopftuch einer Lehrerin. Dies wäre in Frankreich ohnedies undenkbar, gebietet der Laizismus doch ein absolutes Verbot des Tragens religiöser Symbole im Klassenzimmer gleich welcher Glaubensrichtung. Im Brennpunkt stehen vielmehr Kopftücher von Schülerinnen bzw. Studentinnen.

Ihre Zulässigkeit ist Gegenstand einer umfangreichen Kasuistik des Conseil d'État. 1989 erklärte der Conseil d'État, der verfassungsrechtliche Laizismus stünde der Glaubensfreiheit der Schüler nicht entgegen, sondern bedeute eine Koexistenz aller Meinungen und Überzeugungen.⁵⁷ Zwar könne das Tragen religiöser Symbole in öffentlichen Einrichtungen gesetzlich geregelt werden, um die Grundrechte anderer oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu schützen. Ein Verbot sei aber nur ausnahmsweise zulässig, wenn das Tragen religiöser Symbole einen ostentativen Charakter habe, Druck auf andere ausübe, Bekehrungseifer erkennen lasse oder zu Propagandazwecken missbraucht werde. In den letzten 15 Jahren hat der Conseil d'État an seiner Rechtsansicht im Wesentlichen festgehalten,⁵⁸ so dass präventive Verbote religiöser Symbole in öffentlichen Schulen weiterhin unzulässig blieben. Nur im Einzelfall waren individuelle Untersagungen möglich. Die Judikatur reagierte auf unterschiedliche Sachverhalte, Schulordnungen und Hausverbote. In Frage standen jeweils Administrativakte der Schulverwaltung; eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage fehlte. Im Ergebnis erzeugte die Rechtsprechung erheblichen Begründungsbedarf für ein Einschreiten im Einzelfall und erwies sich vor allem gegenüber Muslimen als grundrechtsfreundlich.

Gleichheitsgründe und Erwägungen der Rechtssicherheit ließen den Ruf nach einer gesetzlichen Regelung lauter werden, welche inzwischen mit dem abstrakt-generellen Verbotsgesetz von 2004 vorliegt.⁵⁹ Nunmehr ist das Tragen von religiösen Symbolen in der Schule grundsätzlich untersagt. Die Trennung von Staat und Religion schützt nicht mehr nur die Gläubigen vor dem Staat, sondern verpflichtet jetzt auch sie zu neutralem Verhalten innerhalb der Schule als einem öffentlichen Raum.

Die französische Rechtslage ist durch eine grundrechtsfreundliche Rechtspre-

religion, Archives de philosophie de droit 38 (1993), S. 222 ff.; J. Kokott, Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum, Der Staat 44 (2005), S. 343 ff.

56 Dazu C. Gusy, Laizismus (Fn. 54), S. 155-161; inzwischen teilweise überholter Überblick bei A. Gromitsaris, Laizität und Neutralität in der Schule, Archiv des öffentlichen Rechts 121 (1996), S. 359 ff.

57 Conseil d'État, 27.11.1989, Port des foulards islamique (avis), Actualité juridique – Droit administratif 1990, S. 39.

58 In der Entscheidung des Conseil d'État, 2.11.1992, M. Kherrouaa et Mme Kachour, M. Balo et Mme Kizic, blieb ein präventives Verbot religiöser Symbole in der Schule unzulässig; auf laizistische Neutralität gestützte Verbote mussten im Einzelfall mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit abgewogen werden. Ähnlich im Ergebnis auch noch Conseil d'État, 14.3.1994, Yilmaz; 26.7.1996, Université de Lille II; 9.10.1996, Mme Unal.

59 Loi n°2004-228 du 15 mars 2004.

chung gegenüber administrativen Einzelakten bei gleichzeitiger restriktiver gesetzlicher Regelung gekennzeichnet. Vereinfacht lässt sich resümieren: Die Legislative darf das Grundrecht in größerem Ausmaß beschränken als die Exekutive. Hier manifestiert sich das historisch bedingte, spezifisch französische Grundrechtsverständnis. Während Verwaltungshandeln problemlos als Eingriff in Grundrechte behandelt wird, fehlt eine solche Vorstellung gegenüber dem Parlamentsgesetz. Gesetze verkörpern als Ausdruck der *volonté générale* Ausgestaltungen der bürgerlichen Freiheitsrechte, stehen zu den Grundrechten also in einem ausgestaltungendem und nicht in einem einschränkenden Verhältnis.⁶⁰

V. Drei Grundrechtsmodelle

Die Unterschiede beim Grundrechtsschutz der Religionsfreiheit sind erstaunlich, und zwar sowohl in Bezug auf den Schutz der Religionsausübung im Einzelnen als auch auf das dahinterstehende Funktionsverständnis der Grundrechte insgesamt. Den weitesten zudem vorbehaltlos gewährleisteten Schutzbereich bietet das deutsche Recht. Dieser im Vergleich zu Frankreich und den USA besonders intensive Schutz basiert auf der Prämisse, dass die individuellen Träger der Religionsfreiheit institutionell in Religionsgemeinschaften eingebunden sind. Ihrer Ausgestaltung nach ist die Religionsfreiheit in Deutschland kein Minderheitenrecht, sondern auf den Schutz der religiösen Selbstorganisation der Gesellschaft gegenüber dem Staat bezogen, also ein Mehrheitsgrundrecht. Diese Ausformung ist auch dem Umstand geschuldet, dass die Religionsfreiheit in Deutschland keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt.

Auch in Frankreich ist die Religionsfreiheit als Mehrheitsrecht ausgestaltet, freilich nicht als Abwehrrecht gegen den Staat, sondern als ein Regelungsanspruch des Staates, der über das allgemeine Gesetz die Gleichheit verbürgt.

Nur in Amerika hat die Religionsfreiheit die Funktion eines Minderheitenrechts. Diese jeweils andere Ausgestaltung und Funktion mag zum Anlass für einige allgemeine vergleichende Bemerkungen genommen werden.⁶¹

60 Vgl. Art. 34 Französische Verfassung (Fn. 49).

61 Zur Entwicklung in vergleichender Perspektive immer noch *E. Fraenkel*, Deutschland und die westlichen Demokratien, 7. Aufl. 1979; im Überblick *K. Stern*, Die Idee der Menschen- und Grundrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band 1, 2004, § 1 Rn. 14-32; *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 5. Aufl. 1994, §§ 33-35. Zum unterschiedlichen Verständnis von individueller Freiheit und Persönlichkeitsrechten in den USA, Frankreich und Deutschland am Beispiel des Strafvollzugsrechts *J. Whitman*, Harsh Justice, 2003.

1. Religionsfreiheit als Urgrundrecht?

Man könnte meinen, die Religionsfreiheit müsste in den westlichen Verfassungsordnungen weitgehend einheitlich ausgestaltet sein, zumal sie vielen Beobachtern gleichsam als das Urgrundrecht gilt.⁶² Die These vom Urgrundrecht geht insbesondere auf Georg Jellineks Schrift zur Entstehung der Menschenrechtserklärungen in den Vereinigten Staaten und Frankreich aus dem Jahr 1895 zurück.⁶³ Jellinek erkannte in der Religionsfreiheit das erste einklagbare Menschenrecht und fand dieses erstmals in der Bill of Rights der nordamerikanischen Kolonien verwirklicht.⁶⁴

Die These vom Urgrundrecht ist gleichwohl spezifisch deutschen Erkenntnisinteressen des ausgehenden 19. Jahrhunderts geschuldet. Jellinek selbst hatte das öffentliche Recht als System der subjektiven öffentlichen Rechte konzipiert⁶⁵ und in der amerikanischen Erklärung den ersten Fall eines einklagbaren, eben subjektiven Rechts gefunden. Um das im Kaiserreich erlahmte Interesse an Grundrechten zu wecken, schien ihre protestantische Herleitung opportun. Zudem waren die amerikanischen Menschenrechtserklärungen gegen die Gesetzgebung gerichtet, setzten die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers also voraus, von der man im kaiserlichen Deutschland noch weit entfernt war. Schließlich mag es vor dem Hintergrund des *ius emigrandi* des Augsburger Religionsfriedens besonders plausibel scheinen, die Religionsfreiheit zum Urgrundrecht zu stilisieren. In anderen Ländern, zumal den religiös homogenen wie Frankreich, England und (jedenfalls im 18. und 19. Jahrhundert) den USA, dürfte man dies freilich anders sehen.

Fragt man nicht nach dem „Urgrundrecht“, sondern nach dem jeweiligen Modellgrundrecht, dürfte das Bild facettenreicher werden. Aus englischer Perspektive wäre wohl eher das klassische Recht gegen willkürliche Freiheitsentziehung (*habeas*

62 Zur Debatte immer noch erhellend die Beiträge in *R. Schnur* (Hrsg.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, 1964; *G. Birtsch* (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, 1987; *D. Klippel*, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1976, S. 178 ff.; *F. Hartung*, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, 5. Aufl. 1985.

63 *G. Jellinek*, Erklärung (Fn. 2), S. 46-56; darin auch eine Zusammenfassung der zumeist kritischen zeitgenössischen Diskussion durch *W. Jellinek*, S. IV-XIV. Zur wissenschaftsgeschichtlichen Einordnung der Schrift *M. Stolleis*, *Georg Jellineks Beitrag zur Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte*, in: S. Paulson/M. Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk*, 2000, S. 103-116; *W. Schmale*, *Archäologie der Grund- und Menschenrechte in der Frühen Neuzeit*, 1997, S. 29 ff.

64 *G. Jellinek* (Fn. 2), S. 57: „Die Idee, unveräußerliche, angeborene, geheiligte Rechte des Individuums gesetzlich festzustellen, ist nicht politischen, sondern religiösen Ursprungs. Was man bisher für ein Werk der Revolution gehalten hat, ist in Wahrheit eine Frucht der Reformation und ihrer Kämpfe.“

65 *G. Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, 2. Aufl. 1905, insbes. S. 94 ff.

corpus)⁶⁶ und aus amerikanischer Perspektive das first amendment zu nennen. Es sichert die zentralen Freiheiten politischer Minderheiten gegenüber der Rechtsetzung der Mehrheit, also politische Freiheitsrechte des Einzelnen, für welche die Religionsfreiheit nur ein Beispiel ist. Die Religionsfreiheit scheint also kein Muster des Grundrechtsschutzes vorzugeben. Die Unterschiede in der Ausgestaltung der Religionsfreiheit sollen vielmehr mit der These erklärt werden, dass die drei hier gegenübergestellten Rechtsordnungen jeweils andere Modell-Grundrechte kennen, welche den Grundrechtsschutz und seine Funktionen insgesamt prägen und insofern auch auf die Religionsfreiheit ausstrahlen.

2. Das amerikanische Modellgrundrecht: Redefreiheit

Das Modellgrundrecht der USA ist das first amendment.⁶⁷ Wie bereits erwähnt umfasst es die Rede-, Meinungs- und Pressefreiheit, daneben die Religions-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit. Es reagiert auf Freiheitsbedrohungen in einer demokratisch erzeugten Herrschaftsordnung.⁶⁸ Nicht die Stände, der Monarch oder die Exekutive sind die primär freiheitseinschränkende Instanz, sondern das Parlament. „Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech [...]“ fordert das first amendment. Adressat der Grundrechte ist die Gesetzgebung, also der demokratisch erzeugte Regelungsanspruch der Mehrheit. Das amerikanische Grundrechts-Modell begreift – auf Bundesebene – das Gesetz als potentielle Bedrohung der Freiheit und die Legislative als die freiheitsbeschränkende Gewalt.⁶⁹ In ihrem spezi-

66 *M. Kriele* sieht im Gerichtsschutz vor willkürlicher Verhaftung, Magna Charta Libertatum 1215, das klassische Urgrundrecht, Staatslehre (Fn. 61), § 34 (auch in kritischer Auseinandersetzung mit *Jellinek*); *ders.*, Recht, Vernunft, Wirklichkeit, 1990, S. 71-95.

67 So auch – gerade im Kontrast zum deutschen Modell – *E. Eberle*, Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States, 2002, S. 255 f.; vgl. *ders.*, Cross Burning, Hate Speech, and Free Speech in America, *Arizona State Law Journal* 36 (2004), S. 953 (958, 961 f.); siehe auch *W. Brugger*, Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes, *Archiv des öffentlichen Rechts* 126 (2001), S. 337 ff. (370 f.).

68 Vgl. *G. Stourzh*, Die Konstitutionalisierung der Individualrechte in der Amerikanischen und Französischen Revolution, *Juristenzeitung* 1976, S. 397 ff., auch in: *ders.*, Wege zur Grundrechtsdemokratie, 1989, S. 155 ff.; *H. Dippel*, Die Sicherung der Freiheit, in: *G. Birtsch* (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte (Fn. 62), S. 135 ff. (146 ff.); *W. P. Adams*, Die Ausprägung der Menschenrechte in der Amerikanischen Revolution, in: *Menschenrechte. Band 1: historische Aspekte*, 1981, S. 99 ff.; *D. Currie*, The Constitution in Congress (Fn. 46), S. 110-115; *A. Amar*, The Bill of Rights as a Constitution, *Yale Law Journal* 100 (1991), S. 1131 ff.; *R. Pound*, The Development of Constitutional Guarantees of Liberty, 1957.

69 *E. Eberle*, Dignity (Fn. 67), S. 21-34, 253-270; *W. Brugger*, Verfassungsstaat (Fn. 67), S. 364-373; *D. P. Kommers*, Kann das deutsche Verfassungsrechtsdenken Vorbild für die Vereinigten Staaten sein? *Der Staat* 37 (1998), S. 335 ff. (343, 346); *O. Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, S. 207-216; *W. C. Durham*, Das Grundgesetz – eine grundsätzliche Bewertung aus amerikanischer Sicht, in: *P. Kirchhof/D. Kommers*

fischen Schutz vor der Gesetzgebung erfüllten die Grundrechte in den USA eine andere Funktion als in Frankreich oder in Deutschland: Primär schützen sie die Minderheit vor dem legitimen Macht- und Regelungsanspruch der Mehrheit. Sie sind Minderheitenrechte. Nicht hingegen schützen sie die Gesellschaft vor dem Staat, denn in einer demokratisch erzeugten Rechtsordnung verdient die Gesellschaft keinen grundrechtlichen Schutz,⁷⁰ weil sie mit der Gesetzgebung die Reichweite ihrer Freiheiten selbständig regeln kann. In der Demokratie müssen Grundrechte daher die Rechte derjenigen schützen, die keine Chance haben, zur Mehrheit zu werden und deswegen im politischen Kampf um die Gesetzgebung unterliegen. Das US-amerikanische Grundrechtsmodell bewertet die Grundrechte also in erster Linie als Element einer demokratischen Herrschaftsordnung und ihres Regelungsmittels Gesetz. Dieses Grundmodell schlägt auf die Ausgestaltung der Religionsfreiheit durch:⁷¹ Mit der Establishment Clause wird verhindert, dass die Mehrheit die Rechtsetzung zur Privilegierung von Religionsgemeinschaften (typischerweise ihrer eigenen) benutzt. Und die Exercise Clause sichert den religiösen Minderheitenstatus des Einzelnen.

3. Das französische Modellgrundrecht: Gleichheit

Auf andere Herausforderungen reagiert das französische Modell.⁷² Die Revolution vernichtete die Herrschaft von Krone, Adel und Klerus. An die Stelle der ständischen Fremdherrschaft trat die Selbstherrschaft der Nation, verkörpert durch den dritten Stand als Volk. Warum sollte das revolutionär zur Macht gelangte Volk seinen Machtanspruch durch Grundrechte selbst binden? Diese Idee erschien geradezu widersinnig, fand die Revolution doch im Namen der Menschenrechte statt und setzte diese als objektive Rechtssätze durch. Subjektive Minderheitenrechte widersprachen dem objektiven Machtanspruch der Revolution. Obwohl amerikanische

(Hrsg.), Deutschland und sein Grundgesetz, 1993, S. 41 (51 ff.: alternative Visionen der Freiheit in Deutschland und den USA, 53 ff. insbes. am Bsp. der Schulgebets-Fälle); J. B. Attanasio, Die persönlichen und wirtschaftlichen Grundrechte in der amerikanischen Rechtspolitik, ebd., S. 249 (250, 271); P. Quint, Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory, Maryland Law Review 48 (1989), S. 247 ff.; E. Fraenkel, Civil Liberties in the USA and Germany, in: ders., Gesammelte Schriften, Band 4: Amerikastudien, 2000, S. 921-931 (1965).

70 Siehe H. Ehmke, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, in: ders., Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, S. 300 (301, 319-323): Bei Staat und Gesellschaft handele es sich praktisch um denselben menschlichen Verband; ähnlich E.-W. Böckenförde, Staat – Gesellschaft – Kirche, in: ders., Religionsfreiheit, 1990, S. 113 ff. (131 f., 147 f., 150 f.).

71 Vgl. etwa W. O. Douglas, The Anatomy of Liberty, 1963, S. 21: „A minority, seeing itself about to be governed by a majority of another religious faith, may be filled with fear.“

72 M. Duverger/L. Sfez, Die staatsbürgerlichen Rechte in Frankreich, in: Bettermann/Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte, Band I/2, 1967, S. 543 ff.

Grundrechte und französische Menschenrechte nahezu zeitgleich entstanden, reagierten sie auf andere Bedürfnisse. Die französischen Menschenrechte tragen einen primär objektivrechtlichen Charakter, während die amerikanischen Grundrechte subjektive Rechte sind.⁷³

Ein wichtiger Unterschied zeigt sich auch bei der Funktion des Gesetzes: Es erscheint nicht – wie in den USA – als Freiheitsbedrohung, sondern als Garant der Freiheit. Als Ausdruck der *volonté générale* etabliert das Gesetz die Freiheit aller.⁷⁴ Die Herrschaft erfolgt im Namen der Menschenrechte und im Wege der gesetzlich umgesetzten *volonté générale*. In dieser Konstellation gerät die Freiheit des Einzelnen nicht mit dem Gesetz in Konflikt, sondern steht auf derselben Seite. Nicht Freiheits- sondern Gleichheitsrechte stellen sicher, dass Gesetze die *volonté générale* verkörpern. Freiheitsrechte gegen Parlamentsgesetze hingegen sind widersinnig, weil das Gesetz als allgemeiner Wille die Freiheit aller ausgestaltet.

Darin beweist sich ein anderes Grundverständnis der Demokratie. In Frankreich beruht sie in der Tradition Rousseaus auf der Gleichheit aller, in den USA auf der Freiheit des Einzelnen (in der Tradition der *Federalist Papers*), insbes. Hamilton und Madison. Unterschiedliche Demokratieverständnisse führen wiederum zu unterschiedlichen Grundrechtsverständnissen: Freiheitsschutz der Minderheit oder Gleichheitsschutz des Volkes.⁷⁵

73 Zur Unterscheidung des amerikanischen vom französischen Verständnis siehe etwa *J.-D. Kühne*, Die französische Menschen- und Bürgerrechtserklärung im Rechtsvergleich mit den Vereinigten Staaten und Deutschland, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 39 (1990), S. 1 ff.; *D. Grimm*, Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung, in: *ders.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 192, 197-200; *L. Cohen-Tanugi* (Fn. 51), S. 11-13, 41, 72 f., 127 f.; inzwischen klassische Darstellungen bei *F. Lieber*, *On Civil Liberty and Self Government*, 3. Aufl. 1874; *J. Burgess*, *Comparative Constitutional Law*, Band 1, 1893; *A. Esmein*, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6. Aufl. 1914 (Nd. 2001), S. 538 ff., 554 ff., 565 ff.

74 Art. 6 Erklärung der Menschen und Bürgerrechte 1789. Siehe auch *R. Carré de Malberg*, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Band I, 1920 (Nd. 2003), S. 269-273, 285-300 (théorie de la généralité de la loi); 340 f., 346, 350 f., 368-370 (la loi comme l'expression de la volonté la plus haute dans l'État); *ders.*, *La Loi, expression de la volonté générale*, 1931 (Nd. 1984), S. 16-28 zum revolutionären Ursprung, sodann in der Umsetzung nach 1875.

75 Die Antinomie von amerikanischen und französischem Demokratie- und Grundrechtsverständnis tritt auch in den Weimarer Auseinandersetzungen zwischen Hans Kelsen und Carl Schmitt zutage; vgl. einerseits (Freiheitsmodell) *H. Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 310-328, 343-361; andererseits (Gleichheitsmodell) *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 200-212, 223-238; zur Diskussion *O. Lepsius*, *Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik*, in: *C. Gusy* (Hrsg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, 2000, S. 366-414 sowie *M. Jestaedt/ders.*, *Einführung*, in: *Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie*, 2006, S. VII ff. (XVIII ff.).

4. Das deutsche Modellgrundrecht: Gewerbefreiheit

Amerikanisches und französisches Grundrechtsverständnis unterscheiden sich zwar signifikant, reagieren aber beide auf spezifische Erfordernisse einer demokratisch erzeugten Herrschaftsordnung. In diesem Punkt nun besteht der Hauptunterschied zum deutschen Grundrechtsmodell. In Deutschland entwickelten sich die Grundrechte im 19. Jahrhundert unter undemokratischen Bedingungen;⁷⁶ sie sind ein Kind des Rechtsstaats, nicht der Demokratie.⁷⁷ Nicht, wie in den USA und Frankreich, auf die Erzeugung von Herrschaft, sondern auf eine bereits entstandene Staatsgewalt reagierten die Grundrechte. Die Grundrechte schützten weder prinzipiell Minderheiten wie in den USA noch das politisch handelnde Volk wie in Frankreich, sondern die Gesellschaft.⁷⁸ Ihr Träger war das Bürgertum in Abgrenzung zur Obrigkeit.

Wir treffen also auf drei prinzipiell unterschiedlich gedachte ideelle Träger der Grundrechte: das Individuum, das Volk oder die Gesellschaft. Das Modellgrundrecht in Deutschland ist daher weder das individuelle Freiheitsrecht wie in den USA noch das soziale Gleichheitsrecht wie in Frankreich, sondern ein Recht, das der Gesellschaft die Unabhängigkeit von einer Staatsgewalt sichern sollte, die sie, zumal nach der Niederlage von 1849, politisch nicht kontrollieren konnte.⁷⁹ In Deutschland kommt es daher zu einer anderen, nämlich der rechtsstaatlichen Entwicklung: Nicht die politischen Grundrechte (Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit) konnten sich durchsetzen, sondern die wirtschaftlichen. Zum Modellgrundrecht

76 Dazu *W. Heun*, Das monarchische Prinzip und der deutsche Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, FS Dietrich Rauschnig, 2001, S. 41-56; *I. Maus*, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: dies., Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, 1986, S. 11-82.

77 Sehr viel differenzierter als hier bei *R. Wahl*, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert, *Der Staat* 18 (1979), S. 321 ff.; *D. Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl. 1968, S. 76 ff.; *D. Grimm*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, 1988, insbes. S. 129-135; *ders.*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 192, 202-208, 308-346; *ders.*, Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, in: G. Birtsch, Grund- und Freiheitsrechte (Fn. 62), S. 234 ff.; *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 62-99; jeweils m.w.N.

78 *D. Grimm*, Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 67-100 mit entsprechenden Länderskizzen; zur Entstehung dieser Dichotomie im deutschen Staatsdenken *E.-W. Böckenförde*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: *ders.*, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 209 (211-225); instruktiv und kritisch zur spezifisch deutschen Fixierung auf diese überkommene Dichotomie immer noch *H. Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ (Fn. 70), insbes. S. 310-317.

79 Näher *J.-D. Kühne*, Von der Bürgerlichen Revolution bis zum Ersten Weltkrieg, in: Handbuch der Grundrechte (Fn. 61), S. 97 ff.

wurde die Gewerbefreiheit, seit dem Frühkonstitutionalismus verkörpert in der Formel, Eingriffe in Freiheit und Eigentum bedürfen einer gesetzlichen Grundlage.⁸⁰

Das hat für die Entwicklung des deutschen Grundrechtsschutzes weitreichende Folgen. Anders als die Redefreiheit oder der Gleichheitssatz ist die Gewerbefreiheit ein unpolitisches Recht, das keine Pluralismusprobleme aufwirft oder bewältigt. Sein spezifischer Träger ist nicht eine Minderheit, die sich gegen die Regelungsansprüche der Mehrheit wehren muss, sondern die bürgerliche Gesellschaft als solche, die ihre Erwerbsinteressen vor staatlichen Eingriffen sichern will. Erwerbsinteressen haben aber alle, weswegen ein wirtschaftlich konzipierter Grundrechtsschutz keine Minderheitenorientierung hat.

In Fortführung ihrer vordemokratischen, rechtstaatlichen Wurzeln markieren die deutschen Grundrechte bis heute eine Trennlinie zwischen dem „Staat“ mit seinen politischen Zwecken („öffentliches Recht“) und der „Gesellschaft“ mit ihrer unpolitischen Autonomie („Privatrecht“).⁸¹ In den Grundrechtsmodellen genuin demokratischer Provenienz existiert eine solche Trennlinie nicht. Aus amerikanischer Sicht erscheint das deutsche Modell sogar widersprüchlich: Denn warum sollte in der Demokratie die Gesellschaft einen wirtschaftlichen Sphärenschutz verdienen, wenn sie als politische Mehrheit diese Sphäre demokratisch gestalten kann? Auch aus französischer Sicht erscheint das deutsche Modell fragwürdig: Denn es setzt voraus, dass das Volk gerade nicht Träger der Staatsgewalt ist und daher das Gesetz fürchten muss.

Historisch ist das deutsche Grundrechtsdenken mit der Vorstellung belastet, einen unpolitischen Freiheitsraum der Gesellschaft gegen einen Staat verteidigen zu müssen, dessen Herrschaftslegitimation weder institutionell ausdifferenziert noch an die Grundrechtsträger zurückgebunden wird.⁸² In der deutschen Grundrechtstradition nehmen objektive Verbürgungen institutioneller Art daher nicht ohne Grund einen breiten Raum ein.⁸³

80 Dazu *D. Jesch*, Gesetz (Fn. 77), S. 117-140 m.w.N. Zur wirtschaftsverfassungsrechtlichen Fixierung der Grundrechtslehren in der frühen Bundesrepublik und damit verbundenen Problemen für die Grundrechtstheorie *H. Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, 1962, insbes. S. 14-61, 91 ff. zum Kontrastmodell der USA. Siehe auch *U. Scheuner*, Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, *Die Öffentliche Verwaltung* 1956, S. 65 ff.; *F. Ossenbühl*, Die beruflichen und wirtschaftlichen Grundrechte im deutschen Grundgesetz, in: P. Kirchhof/D. Kommers (Fn. 69), S. 283 (285: Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG als Modellfall).

81 Aus der neueren Literatur *P. Badura*, Grundrechte als Ordnung für Staat und Gesellschaft, in: *Handbuch der Grundrechte* (Fn. 61), § 20; *C. Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 228 ff.; *ders.* Staat, in: *Evangelisches Staatslexikon*, 4. Aufl., 2006, Sp. 2272 (2276 f.); *O. Lepsius*, Öffentliches Recht, ebd., Sp. 1648 (1649 f.); für die Dichotomie auch in der Demokratie eintretend *E.-W. Böckenförde*, Staat und Gesellschaft (Fn. 78), S. 225 ff.

82 Jüngstes Beispiel des Fortwirkens dieser Tradition (trotz aller system- und netzwerktheoretischer Begründung) *K.-H. Ladeur*, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, 2006.

83 So schon zum Stand um 1848 *U. Scheuner*, Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts, in: *ders.*, *Staatstheorie und*

Als idealer Organisationsrahmen eines solchen Grundrechtsmodells erscheint dann nicht die parlamentarische Demokratie, sondern die funktionale Selbstverwaltung (berufsständische Organisation durch Kammer- und Verbandswesen). Schließlich war das politische Ziel nach 1849 nicht mehr die Erlangung der Demokratie, sondern die Sicherung der Selbstverwaltung.⁸⁴ In ihr vermochte die bürgerliche Gesellschaft ihre Belange (Wirtschaftsleben, Ausbildung, örtliche Angelegenheiten) staatsfrei und scheinbar unpolitisch zu regeln. Bis heute erscheint die funktionale Selbstverwaltung mitunter als ein mit der Demokratie konkurrierendes Organisationsmodell, das wegen größerer Sach- und Betroffenennähe manchen vorzugswürdig erscheint.⁸⁵ Da das deutsche Modell demokratie-indifferent entstanden ist, steht es in einer gedanklichen Opposition sowohl zum amerikanischen als auch zum französischen Modell.

Anders verhält es sich im Hinblick auf die Stellung des Gesetzes zu den Grundrechten: In dieser Perspektive steht das deutsche Modell zwischen dem amerikanischen und französischen. In der deutschen Tradition nimmt das Gesetz weder eine prinzipiell freiheitsbeschränkende Stellung ein, wie in den USA, noch eine prinzipiell freiheitsausgestaltende, wie in Frankreich. Es besitzt vielmehr eine janusköpfige Zwischenposition. Die bis in unsere Tage grundrechtstheoretisch schwierige Stellung des Gesetzesvorbehalts verdeutlicht dies: Gesetze gestalten einerseits den Freiheitsraum aus, sind andererseits Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe.⁸⁶

Auch dieses Modell wirkt sich auf die Ausgestaltung der Religionsfreiheit aus.⁸⁷

Staatsrecht, 1978, S. 633 ff. (651); zum problematischen Fortwirken in der Gegenwart etwa *E.-W. Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, *Der Staat* 29 (1990), S. 1-31.

84 Vgl. *F. Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 100, dort auch zur Entwicklung im 19. Jahrhundert. Zum Verhältnis der Selbstverwaltung zur Demokratie immer noch vor allem *A. Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 342-361.

85 Selbst das BVerfG vermengt Aspekte der demokratischen Legitimation der Staatsverwaltung mit Aspekten der Betroffenenpartizipation der Selbstverwaltung zu einem hybriden Legitimationsmodell, vgl. BVerfGE 107, 59 (92-94, 98-100) [2002] – Wasserverbände. Dazu kritisch *M. Jestaedt*, Demokratische Legitimation quo vadis? Juristische Schulung 2004, 649-653. Zum gegenwärtigen Stand der Selbstverwaltung: *J. Oebbecke*, *M. Burgi*, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 62 (2003), S. 366 ff., S. 405 ff.; *W. Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997 (auch zur historischen Entwicklung des Kammerwesens).

86 *P. Lerche*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 121 Rn. 37 ff.; *R. Wahl*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1984, S. 401-409; *E.-W. Böckenförde*, Freiheit und Recht, Freiheit und Staat, in: Staatslexikon, 7. Aufl. 1985, Band 2, Sp. 704-713. Zum ambivalenten Verhältnis von Freiheit und Gesetz vgl. etwa das Kopftuch-Urteil BVerfGE 108, 282 (300) [2003]; ähnlich formuliert das Sondervotum zu dieser Entscheidung BVerfGE 108, 314 (335), im Einzelfall könne die grundsätzlich freiheitsfördernde Wirkung eines förmlichen Gesetzes in eine freiheitsverkürzende Wirkung umschlagen.

87 Zur Deutung der institutionellen Religionsfreiheit im Kontext der spezifisch deutschen

In Deutschland trägt sie typischerweise keine Züge des Minderheiten- bzw. Individualrechts, sondern eines kollektiven Rechts zu staatsfreier Selbstverwaltung, die unter dem Schutz des Staates steht. Eines darf daher nicht übersehen werden: Die Religionsfreiheit, wie wir sie in Deutschland kennen, ist in hohem Maße von historischen und grundrechtlichen Eigenheiten geprägt, die bereits in den uns am nächsten stehenden Verfassungsordnungen keine Parallele finden. Vielleicht erklärt dies auch manche Probleme um die Religionsfreiheit in Deutschland. Sie ist womöglich nicht hinreichend eingestellt auf den Schutz religiöser Minderheiten, auf individuelle Grundrechtsträger, die sich körperschaftlicher Selbstverwaltung entziehen und auch nicht auf die Gestaltungsansprüche einer demokratisch legitimierten Mehrheit, die vermeintlich unpolitische, autonome, gesellschaftliche oder religiöse Sphären nicht zu respektieren braucht.

Insofern scheint es kein Zufall zu sein, wenn die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei religiösen Konflikten mit Minderheiten der überkommenen Dogmatik des Art. 4 GG zu entfliehen versucht, sei es zur Gewerbefreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG mit ihrer abgestuften Vorbehalts- und Verhältnismäßigkeitsdogmatik im Schächurteil,⁸⁸ sei es zum janusköpfigen Gesetzesvorbehalt in der Kopftuch-Entscheidung.⁸⁹ Selbst in diesen jüngsten Urteilen aber ertönt unwillentlich noch das Echo des 19. Jahrhunderts in Gestalt der deutschen Trennung von Staat und Gesellschaft: Entweder wird die Religionsausübung der gesellschaftlichen Sphäre des unpolitischen Gewerbes oder der politischen Sphäre demokratischer Gesetzgebung zugewiesen. Da die aktuelle Bedeutung der Religionsfreiheit freilich im Minderheitenschutz liegt, können beide Auswege nur teilweise überzeugen.

VI. Ergebnisse

Der für Deutschland charakteristische weite Schutzbereich der Religionsfreiheit ist die Kehrseite einer institutionalisierten Abgrenzung von Religionsgemeinschaften mit Hilfe des staatskirchenrechtlichen Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Das Staatskirchenrecht ist eine deutsche Besonderheit und hat auf die Entwicklung der Religionsfreiheit als Abwehrrecht Einfluss genommen. Da andere Rechtsordnungen über die Möglichkeit, individuelle Träger der Religionsfreiheit in institutionelle Träger des Grundrechts einzubinden, nicht verfügen, müssen sie die Religionsausübungsfreiheit einem Gesetzesvorbehalt unterziehen. Wer die Religionsfreiheit in Deutschland stärker als Minderheitenrecht verstehen will, müsste einen Vorbehalt einführen. Die stattdessen in Deutschland verfolgte institutionelle

Dichotomie von Staat und Gesellschaft vgl. *E.-W. Böckenförde*, Staat – Gesellschaft – Kirche (Fn. 70), S. 131 ff., 137 ff., 146 ff., 165 ff.; sowie *ders.*, Stellung und Bedeutung der Religion in einer „Civil Society“, in: *ders.*, Staat, Nation, Europa, 1999, S. 256 (263 ff.).

88 BVerfGE 104, 337 [2002].

89 BVerfGE 108, 282 [2003].

Lösung erzeugt für die Religionsgemeinschaften einen Druck, sich sozial zu organisieren, auch wenn solche Organisationsmodelle ihren Glaubensformen nicht entsprechen. Privates wird dadurch zu einer Angelegenheit gesellschaftlicher Institutionalisierung. Das hat zur Folge: Einerseits gewinnt Religion durch das momentane Verständnis der Religionsfreiheit an gesellschaftlicher Bedeutung, verliert andererseits aber individuell-freiheitlichen Schutz. Das deutsche Recht neigt dazu, die Religionsfreiheit institutionell aufzuwerten um den Preis einer individuellen Abwertung. Insgesamt folgt das deutsche Verständnis der Religionsfreiheit einem Sondermodell. Seine Wurzeln liegen genauso in der geschichtlichen Entwicklung des Staatskirchenrechts wie in einem überkommenen Vorverständnis aus dem 19. Jahrhundert, das mit den Grundrechten typischerweise die gesellschaftliche Freiheits-sphäre vor staatlichen Regelungsansprüchen absichern wollte, also auf der Idee der Trennung von Staat und Gesellschaft basiert. Wir dürfen uns demzufolge nicht darüber täuschen, dass unser deutsches Verständnis der Religionsfreiheit in doppelter Weise deutschen Eigenheiten verpflichtet ist.

Wenn die hier beleuchteten drei Verfassungsordnungen bei der Ausgestaltung des Schutzes unterschiedlich vorgehen, reflektieren sie historische, verfassungstheoretische und grundrechtsdogmatische Eigenheiten. Nicht die Religion als solche, nicht bestimmtes individuelles Verhalten verlangt etwa aus der Natur der Sache oder einer Logik des Religiösen nach einem bestimmten Freiheitsschutz. Die jeweilige Ausprägung der Religionsfreiheit spiegelt national unterschiedliche Grundrechtsverständnisse wider. In den USA sind Grundrechte primär individuelle Rechte, die vor gesetzlichen Mehrheitseingriffen gesichert werden müssen. Die Grundrechte schützen die Minderheit vor der Mehrheit. In Frankreich garantieren Grundrechte primär die Gleichheit der Individuen als Teil des allgemeinen Willens. Sie formalisieren die soziale Egalität. Deutschland steht dazwischen: Grundrechte sind subjektive Abwehrrechte, die aber nicht primär dem Schutz der Minderheit gegenüber der Mehrheit dienen, sondern dem Schutz der Gesellschaft gegenüber dem Staat. Ob gerade dieses Modell den gegenwärtigen Herausforderungen an die Religionsfreiheit in einer sozial pluralisierten und demokratisch legitimierten Gesellschaft gerecht werden kann, steht zu bezweifeln.