

Gibt es im derzeitigen Verständnis des Staates evangelische Spuren?¹

Ilse Lohmann

I. Sonntagsruhe

In 2Mose 20,8 heißt es: *Gedenke des Sabbattages, dass du ihn heiligest*. Unter Kaiser Konstantin löste der Sonntag den Sabbat als arbeitsfreien Ruhetag ab (321 n.Chr.). Im Mittelalter galt der sonntägliche Gottesdienst als Kirchengebot. Heute ist der Sonntag verfassungsmäßig geschützt. Die einschlägige Bestimmung lautet:

Der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt.

Es handelt sich um Art. 139 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, der sog. Weimarer Reichsverfassung. Diese Vorschrift ist gemäß Art. 140 GG – neben anderen Artikeln der Weimarer Reichsverfassung, den sog. Weimarer Kirchenartikeln – Teil des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland geworden. Sowohl der Gedanke der Sabbatruhe, der Unterbrechung der Arbeit, als auch derjenige des Gottesdienstes wird aufgenommen, auch wenn nicht von „Gottesdienst“, sondern von „seelischer Erhebung“ die Rede ist. Bei der Einbringung hob der Berichterstatter, der Abgeordnete Mausbach von der Zentrumsparterie, hervor, die Vorschrift schütze die öffentliche Sitte und die christliche Tradition und Religionsausübung. Die großen geschichtlichen Bestandteile der Kultusausübung enthielten aber auch wertvolle Freiheitsrechte für die Einzelnen, und gerade diese Seite der Sonntagsruhe, die *Schonung der Freiheit* und der *sozialen Gleichwertigkeit aller Klassen*, sei darin angesprochen.² Zieht man die zeitgenössische Kommentierung von Anschütz zu Rate, kann man Folgendes lesen:³

Die Motive dieses Artikels liegen nicht lediglich in den im Text zum Ausdruck gebrachten sozialpolitischen („Arbeitsruhe“) und ethischen („seelische Erhebung“), sondern doch auch – natürlich nur, soweit der Sonntag und andere kirchliche Feiertage in Betracht kommen – in spezifisch kirchenpolitischen Erwägungen. Dadurch, daß auch der neue Staat den Sonntag und die von ihm anerkannten kirchlichen Feiertage schützt und für deren äußere Heilighaltung mit seinen Machtmitteln einsteht, bezeugt er, daß er, wie es bisher Rechtens war, kirchliche Interessen im öffentlichen Leben besonders zu berücksichtigen gesonnen und bereit ist, die Rolle des advocatus Ecclesiae insofern weiterzuspielen.

¹ Vortrag auf dem Studientag „Kirche und Politik“ des Vereins für Kirchengeschichte der Evangelischen Landeskirche in Baden und der Europäischen Melancthon-Akademie Bretten am 29. März 2014.

² Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 125, 39 Rn. 140.

³ Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1926, 565.

Die im Grundgesetz verbürgte Sonntagsruhe verkörpert jedoch nicht nur christliches, insbesondere evangelisches Gedankengut. Der frühere Landesbischof Dr. Ulrich Fischer hat in seinem Vortrag zur Tagung der Landessynode am 26. April 2012 in Bad Herrenalb „In der Bibel Gottes Wort verstehen“ ausgeführt⁴, die Kirchen hätten sich viele Jahrhunderte lang eher auf den Aspekt der Sicherung der Gottesdienstzeiten als auf denjenigen der Arbeitsruhe konzentriert und sich in Abgrenzung zur jüdischen Sabbattheologie einer theologischen Bewertung der die Arbeit unterbrechenden Ruhe verweigert. Erst seit sie mit einer spezifisch christlich-theologischen Argumentationsfigur immer weniger auf Zustimmung in der Gesellschaft hoffen könnten, hätten sabbattheologische Argumentationsmuster Einzug in die kirchlichen Debattenbeiträge zum Sonntagsschutz gefunden. Theologisch ist das durchaus spannend: Die biblisch-theologische Rede vom Sabbat hat mit der Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse eine Renaissance erlebt, weil sie deutlich macht, wie wichtig es ist, die Ökonomisierung aller Lebensbereiche zu unterbrechen und zum Wohl der Menschen und zum Lobe Gottes gemeinsam innezuhalten. Im Hinblick darauf, dass die Arbeitsruhe kein eigenes Anliegen der Kirche war, kann der Sonntag jedoch kaum als *Geschenk einer religiösen Gemeinschaft an die ganze Gesellschaft*⁵ bezeichnet werden.

In die gleiche Richtung weist ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Dezember 2009⁶, das auf eine Verfassungsbeschwerde des Bistums Berlin und der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg gegen das Berliner Ladenöffnungsgesetz vom 14. November 2006 hin ergangen ist. Bemerkenswert war schon, dass die Verfassungsbeschwerde überhaupt als zulässig behandelt worden ist. Im Rahmen eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens ist immer zu prüfen, ob eigene Rechte des Beschwerdeführers betroffen sind. Man kann sich nicht einfach wegen eines rechts- oder gesetzeswidrigen Zustandes an das Bundesverfassungsgericht wenden, sondern man muss darlegen, selbst in eigenen Rechten betroffen zu sein. Die Kirchenartikel werden objektiv verstanden. Sie sind damit von vornherein nicht geeignet, eine Verfassungsbeschwerde zu stützen. Die Verbindung zum Einzelnen – „Einzelne“ waren hier die Landeskirche und das Bistum Berlin – wird durch Art. 4 des Grundrechts hergestellt, also das Grundrecht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit. Dieser Artikel wird auch als Schutzpflicht des Staates für das geschützte Rechtsgut verstanden, deren Vernachlässigung vom Betroffenen – das können auch die als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfassten Religionsgemeinschaften sein – im Wege der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann.

Erfolg hatten die Verfassungsbeschwerden der Landeskirche und des Bistums insoweit, als das Berliner Ladenschlussgesetz vorsah, dass Verkaufsstellen an allen vier Adventssonntagen in der Zeit von 13 bis 20 Uhr geöffnet werden durften. Das Verfassungsgericht erläutert zunächst, wie „die Kirchen“ den Sonntag verstehen (Rn. 143):

In der neuzeitlichen Interpretation durch die großen öffentlich-rechtlich verfassten christlichen Religionsgemeinschaften kommt dem Sonntag und den religiös-christlichen Feiertagen auch die Aufgabe zu, Schutz vor einer weitgehenden Ökono-

⁴ Verhandlungen der Landessynode der Evangelischen Landeskirche in Baden, 8. Ordentliche Tagung vom 25. April bis 28. April 2012, Karlsruhe 2012, 16-23, bes. 21ff.

⁵ So Winfried Kretschmann, *Der Sonntag macht Sinn*, in: *Glauben gestalten – Glaubengestalten. Mit Robert Zollitsch auf dem Weg.* (FS für Robert Zollitsch zum 70. Geburtstag), hrsg. von Fridolin Keck, Freiburg 2008, 267-272, hier: 270.

⁶ 1 BvR 2857/07, in: BVerfGE 125, 39 = *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 30 (2010), 570.

misierung des Menschen zu bieten. [...] Nach diesem Verständnis ist der „Rhythmus von Arbeit und Ruhe“ ein „zentraler Rhythmus der christlich-jüdischen Kultur“.

Sodann zieht das Gericht jedoch das Sozialstaatsprinzip und eine stattliche Anzahl von Grundrechten heran:

Die Sonn- und Feiertagsruhe fördert und schützt nicht nur die Ausübung der Religionsfreiheit, sondern dient – wegen der Arbeitsruhe – der physischen und psychischen Regeneration und damit der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG). Gemeinsame Ruhetage dienen dem Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG). Die Vereinigungsfreiheit lässt sich so effektiver wahrnehmen (Art. 9 Abs. 1 GG). Der Sonn- und Feiertagsgarantie kann schließlich ein besonderer Bezug zur Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) beigemessen werden, weil sie dem ökonomischen Nutzen den eine Grenze zieht und dem Menschen um seiner selbst willen dient.

Die nächste Frage war diejenige nach dem Neutralitätsgebot, auf das sich das Land Berlin wohl wesentlich berufen hatte. Dazu heißt es im Urteil:

Die Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität steht einer Konkretisierung des Schutzgehalts des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch Art. 139 WRV nicht entgegen. Denn die Verfassung selbst unterstellt den Sonntag und die Feiertage, soweit sie staatlich anerkannt sind, einem besonderen staatlichen Schutzauftrag und nimmt damit eine Wertung vor, die auch in der christlich-abendländischen Tradition wurzelt und kalendarisch an diese anknüpft. Wenn dies den christlichen Religionsgemeinschaften einen grundrechtsverankerten Mindestschutz der Sonntage und ihrer staatlich anerkannten Feiertage vermittelt, so ist dies in der Wertentscheidung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV angelegt. Im Übrigen können sich auf diesen Schutz auch andere Grundrechtsträger im Rahmen ihrer Grundrechtsverbürgungen berufen.

Obwohl Bistum und Landeskirche also Beschwerdeführer waren, hat das Bundesverfassungsgericht sich doch wesentlich auf den Aspekt der Arbeitsruhe gestützt. Der Aspekt der „seelischen Erhebung“ kommt nur andeutungsweise zum Ausdruck, wenn davon die Rede ist, dass sich der von der Ladenöffnung betroffene Sonntag wegen der prägenden öffentlichen Betriebsamkeitwirkung nicht mehr deutlich vom Werktag unterscheidet (Rn. 183). „Christlich-abendländisch“ hat das Verfassungsgericht eigentlich nur im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung argumentiert. Die Entscheidung ist insoweit nicht einstimmig ergangen, sondern mit einer Mehrheit von 5 zu 3 Stimmen.

Eine grundsätzlich andere Argumentation wird etwa von auf Stefan Huster 2002 vorgeschlagen.⁷ Huster fordert vom Staat religiös-weltanschaulich neutrale Begründungen für sein Handeln. Staatliche Maßnahmen müssen ihm zufolge gegenüber allen Bürgern rechtfertigungsfähig sein. Eine Rechtfertigung komme nur aus Gründen in Betracht, die jedermann akzeptieren könnte. Religiös-weltanschauliche Gründe schieben damit aus dem Kreis zulässiger Begründungen aus. Nur so könne der Staat allen Bürgern mit gleicher Achtung und gleichem Respekt begegnen, da nur so keine Vorstellung eines guten Lebens bevorzugt werde. Staatliche Maßnahmen dürften nicht auf eine Begründung gestützt werden, nach welcher eine bestimmte – und sei es auch die traditionelle oder mehrheitlich vertretene Religion oder Weltanschauung – gegenüber anderen Auffassungen vorzugswürdig ist. Ähnlich heißt es bei Hillgruber:⁸ Rechtsnormen könnten von ihren Initiatoren religiös gemeint, müssten aber auch

⁷ Stefan Huster, Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung, Tübingen 2002; hier zitiert nach Heinig, JuristenZeitung 64 (2009), 1136 ff; Huster, JuristenZeitung 70 (2010), 354

⁸ Kommentar von Christian Hillgruber, in: Horst Dreier, Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates, Tübingen 2013, 119-133, hier: 125.

anders als religiös begründbar sein; ansonsten würden sie die Religionsfreiheit der Normadressaten verletzen.

Auf dieser Grundlage könnte man in Sachen „Sonntagsschutz“ etwa wie folgt argumentieren:⁹ Der Schutz des Sonntags folgt aus Art. 140 GG iVm Art. 139 WRV. Art. 139 WRV erwähnt den Sonntag, nicht aber dessen christlichen Hintergrund. Jedenfalls ihrem Wortlaut nach hat die Norm keinen christlich-religiösen Bezug. Auch ihrem Sinn nach geht es nicht um Religionsausübung, schon gar nicht um die Ausübung der christlichen Religion. Ihr sozialer Zweck – die Arbeitsruhe – rechtfertigt den in ihr enthaltenen Eingriff in Freiheitsrechte, etwa das Recht auf wirtschaftliche Betätigung am Sonntag. Natürlich kommt die Sonntagsruhe den Angehörigen der christlichen Religion in besonderer Weise zugute, weil sie ihren religiösen Bedürfnissen in besonderer Weise entgegen kommt. Sie ist also nicht wirkungsneutral. Darauf kommt es jedoch nicht an. Kulturelle Einrichtungen und Üblichkeiten sind auch dann hinzunehmen, wenn sie auf religiöse Traditionen zurückgehen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die faktische, nicht rechtliche Bevorzugung der Christen lediglich ein historisch begründeter Zufall. Eine in der Verfassung verbürgte Einrichtung hat nicht schon deshalb keinen Bestand mehr, weil sie religiösen Ursprungs ist.

Es gibt auch andere Vorschriften, die man auf einen christlichen Ursprung zurückführen kann. Der schon erwähnte Christian Hillgruber, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn, spricht von einer „religiösen, in Sonderheit christlichen Imprägnierung des positiv geltenden Verfassungsrechts“. Auch im Grundgesetz fänden sich „immer noch mehr als Spurenelemente.“¹⁰ Er nennt die *nominatio dei* in der Präambel des Grundgesetzes:

*Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben, die Menschenwürdegarantie: Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, sowie das von ihm so genannte „Glaubensbekenntnis“ des Art. 1 Abs. 2 GG: Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt, sagt aber selbst, dass die Bedeutung der *nominatio dei* umstritten ist, dass die Menschenwürde auch anders als christlich begründet werden kann und dass Art. 1 Abs. 2 GG an die naturrechtlich begründete Menschrechtstradition anknüpft, dass ein Bekenntnis zum speziell christlichen Naturrecht schon bei Schaffung des Grundgesetzes aber nicht durchsetzbar war.*

II. Art. 137 Abs. 1, Abs. 3 WRV

Die grundlegenden Bestimmungen über das Verhältnis von Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland finden sich in Art. 137 Abs. 1 und 3 WRV.

⁹ Huster, in: JuristenZeitung 70 (2010), 355.

¹⁰ Hillgruber, Kommentar (wie Anm. 8), 128.

1. Art. 137 Abs. 1 WRV: *Es besteht keine Staatskirche.*

In Deutschland gibt es keine Staatskirche mehr. Art. 137 Abs. 1 WRV *spricht das Trennungsprinzip scharf aus gegenüber einer bestimmten, engen Verbindung zwischen Staat und Kirche, wie sie bei der evangelischen Landeskirche bislang vorhanden war.*¹¹ Diese „bestimmte enge Verbindung“ bestand in der Einrichtung des landesherrlichen Kirchenregiments (Summepiskopats), der zufolge der Landesherr (in den Hansestädten der Senat) Träger der Regierungsgewalt der evangelischen Landeskirche war. Art. 137 Abs. 1 richtet sich in erster Linie gegen die Institution des landesherrlichen Kirchenregiments, außerdem gegen jegliche Verwaltung innerkirchlicher Angelegenheiten durch Staatsorgane oder staatlich bestellt bzw. besetzte Kirchenorgane. Um das Anliegen des Art. 137 Abs. 2 WRV zu verdeutlichen, sei aus dem ersten Entwurf einer badischen Kirchenverfassung zitiert:

*Es erkennt also auch die großherzogliche badische vereinigte Evangelische Kirche in dem Evangelischen Regente dieses Staates vordersamst und verehrungsvoll nicht nur ihren äußeren Schutz- und Schirmherrn, sondern auch ihren besonderen Landesbischoff mit allen aus beiden Eigenschaften fließenden Rechten circa sacra; und legt hiernächst unter Höchstdeßen Oberaufsicht die innere Besorgnis ihrer Rechte und Pflichten und Angelegenheiten in ein wohlerrmessenes und wohlgeordnetes Verwaltungssystem, welches von den Urbestandtheilen oder Elementen ihres Gesamtvereins ausgehend, die vereinzelte Wirksamkeit derselben in immer größeren, umfassenderen Kreisen vereinigt, bey jedem Schritt die verhältnismäßige Staatsaufsicht und Mitwirkung in sich aufnimmt und in dem Regenten u. Bischof endlich seinen letzten und höchsten Vereinigungspunkt in staats- und kirchenrechtlicher Hinsicht findet.*¹²

Dieser Vorschlag wurde im Jahre 1821 von Ministerialrath Eichrodt wie folgt kommentiert: *Zu § 3 heißt es, daß die vereinigte evangelische Kirche in dem GroßherzogthumBden, in dem evangelischen Regenten dieses Staates, nicht nur ihren äußeren Schutz- und Schirmherrn, sondern auch ihren besonderen Landesbischoff mit allen aus beiden Eigenschaften fließenden Rechten circa sacra erkennen. Der Ausdruck: ihren besonderen Landesbischof, gefällt mir durchaus nicht. Man sagt zwar gewöhnlich, daß die evangelischen Fürsten, zugleich auch die Bischöffe ihrer Kirche seyen. Ich würde lieber sagen: ihr hoechstes Kirchenoberhaupt. Denn der Ausdruck, Bischoff, bezeichnet nicht das, was die evangelischen Fürsten für die Kirche sind. Sie sind das hoechste Kirchenoberhaupt in ihrem Lande, so wie es der Pabst über die ganze catholische Kirche ist.*¹³

Am 24. November 1918 verzichtete Großherzog Friedrich auf die Ausübung seiner Regierungsgewalt. Der Oberkirchenrat vertrat zunächst die Auffassung, dass davon die Ausübung der bischöflichen Rechte nicht berührt sei. Jedoch erklärte Friedrich, dass er seinen Verzicht auch auf die kirchlichen Rechte ausgedehnt wissen wolle. So erlosch in Baden mit dem vom Großherzog unterzeichneten Kirchengesetz vom 20. November 1918 das landesherrliche Kirchenregiment im Allgemeinen wie der Summepiskopat im Besonderen. Die Staatskirche bestand schon vor Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung nicht mehr.

¹¹ Berichterstatte Dr. Mausbach; zitiert nach Anschütz, Verfassung des Deutschen Reichs (wie Anm. 3), 10. Aufl., 547.

¹² Zit. nach Johannes Ehmman, Zur Frage des Summepiskopats in Baden, in: JBKRG 6 (2012), 101-108, hier: 101, 104f.

¹³ Ebd., 105.

Aus heutiger Sicht verbietet Art. 137 Abs. 1 WRV alle staatskirchlichen Rechtsformen.¹⁴ Die Wahrnehmung von Staatsaufgaben durch kirchliche Amtsträger ist ebenso ausgeschlossen wie die Wahrnehmung religiöser Aufgaben durch staatliche Amtsträger sowie gemeinsame Organisationen. Ausnahmen bedürfen einer verfassungsrechtlichen Grundlage, die sich etwa in Art. 137 Abs. 5 und 6 oder in Art. 141 WRV finden. Wegen dieser Ausnahmen wird von einer gemäßigten oder „hinkenden“ Trennung von Staat und Kirche gesprochen.¹⁵

2. Art. 137 Abs. 3 WRV: *Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde.*

Die Vorschrift des Art. 137 Abs. 3 WRV normiert die Verschiedenheit (Trennung) der Kirche vom Staat und verbietet die Leitung (Verwaltung) der Kirche durch den Staat (vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 10. Aufl., Art. 137 Anm. 4). Das hieraus folgende Selbstbestimmungsrecht der Kirche findet seine Schranke in den für alle geltenden Gesetzen. Was aber sind „Angelegenheiten der Religionsgesellschaften“, auf welche sich das Selbstbestimmungsrecht bezieht? Diese Frage stellt sich in der aktuellen Diskussion um das kirchliche Arbeitsrecht in besonderer Schärfe. Das auf die Arbeitsverträge der kirchlichen Mitarbeiter und der Mitarbeiter in den Einrichtungen der Diakonie wird derzeit im Verfahren des „Dritten Weges“ festgelegt, der als Ausdruck der kirchlichen Dienstgemeinschaft angesehen wird. Zuständig für die Rechtssetzung ist die paritätisch von Dienstgebern und Dienstnehmern besetzte Arbeitsrechtliche Kommission (ARK). Im Gegensatz hierzu ist der Erste Weg die einseitige Festlegung der kollektiven Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber, etwa die kürzlich beschlossene Befristung der Amtszeit des Bischofs und der Oberkirchenräte. Der Zweite Weg ist die außerhalb von Kirche und Diakonie ganz übliche Rechtssetzung durch Tarifvertrag zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften.¹⁶

Zu den eigenen Angelegenheiten der Kirchen gehören Lehre, Seelsorge, Gottesdienst, Liturgie, Spendung der Sakramente sowie alle Bereiche des öffentlichen Lebens, in denen die Kirchen nach ihrem Selbstverständnis berufen sind, ein Stück ihres Auftrags in der Welt wahrzunehmen und zu erfüllen.¹⁷ Es sind also grundsätzlich die Kirchen selbst, die entscheiden, was zu ihren Angelegenheiten gehört. Diese Auslegung ist nicht unumstritten. Im letzten Jahr hat sich beispielsweise Bernhard Schlink in der Juristenzeitung zu den „Angelegenheiten der Religionsgesellschaften“ geäußert.¹⁸ Er beanstandet das von ihm so genannte „ursupatorische“ Verständnis der Angelegenheiten der Religionsgesellschaften, der niemals richtig gewesen sei, son-

¹⁴ BVerfGE 19, 206, 216; 93, 1, 17; Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 12. Aufl., München 2012, Art. 140 Rn. 2.

¹⁵ BVerfGE 42, 312, 331; Jarass (wie Anm. 14); Jörg Winter, Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland. Eine Einführung mit kirchenrechtlichen Exkursen, 2., völlig neu bearb. Aufl., Köln 2008, 162.

¹⁶ Vgl. Susanne Teichmanis, Der Dritte Weg – erklärt, in: Pfarrvereinsblatt 3-4/2013, S. 118.

¹⁷ RGRK/Henrich Gehring, BGB, 12. Aufl., Anh. III zu § 630, Rn. 14.

¹⁸ JuristenZeitung 73 (2013), 209; dazu die Erwiderung von Neureither, ebd., 1089, und die Replik von Schlink, ebd., 1093

dem allenfalls dem Zeitgeist Nachkriegsdeutschlands entsprochen habe; heute gelte nicht einmal mehr das.

Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts¹⁹ betrifft das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgesellschaften gerade auch die Bestimmung der Angelegenheiten, die von ihm erfasst werden. Für die gerichtliche Überprüfung folge hieraus: Die Behauptung einer Religionsgesellschaft, eine Angelegenheit sei ihre eigene, unterliege (nur) einer eingeschränkten gerichtlichen Plausibilitätskontrolle. Genügten die einzelnen Vorgaben einer derartigen Kontrolle, seien die staatlichen Gerichte hieran gebunden, es sei denn, sie begäben sich hierdurch in Widerspruch zu Grundprinzipien der Rechtsordnung. Das Bundesarbeitsgericht hat damit die Kompetenz der Kirchen anerkannt, auf dem Gebiet des kirchlichen Arbeitsrechts eigenes Recht zu setzen, und das Verfahren des Dritten Wegs, das einen Arbeitskampf ausschließt, nach bestimmten Maßgaben für denkbar gehalten. Die Kirchen unterlägen keiner unmittelbaren Grundrechtsbindung, so dass der Widerspruch zur Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG der Annahme einer eigenen Angelegenheit nicht entgegenstehe. Das Bundesarbeitsgericht hat sodann eine „Güterabwägung“ zwischen den kollidierenden Verfassungsgütern des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen nach Art. 137 Abs. 3 WRV einerseits, der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG andererseits vorgenommen. Der Grundsatz praktischer Konkordanz verlangt nach einem schonenden Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziel ihrer Optimierung. Es geht dabei nur um den Ausgleich der konkreten Kollisionslage. Abzuwägen sind also nicht das Selbstverwaltungsrecht der Kirche und die Koalitionsfreiheit, sondern die im zu entscheidenden Fall von beiden Seiten verfolgten Ziele, die zur Verfügung stehenden Mittel und die Einschränkungen, die sich für die jeweils andere Seite ergeben. Ergebnis der Abwägung war hier die Forderung, dass die auf dem Dritten Weg zustande gekommenen Arbeitsrechtsregelungen verbindlich sein und die Gewerkschaften in das Arbeitsrechtsregelungsverfahren organisatorisch eingebunden werden müssen.

Die EKD hat zwischenzeitlich das „Kirchengesetz über die Grundsätze zur Regelung der Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie (Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetz – ARGG-EKD) vom 13. November 2013 erlassen, welches die vom Bundesarbeitsgericht angesprochenen kritischen Punkte abarbeitet. Die wichtigsten Änderungen: In § 4 dieses Gesetzes werden sowohl der Zweite als auch der Dritte Weg eröffnet. Die Vorschrift sieht also Rechtssetzung entweder durch die Arbeitsrechtlichen Kommissionen oder durch Tarifverträge vor und verbietet ein Abweichen von den so oder so getroffenen Regelungen. Die Arbeitsrechtlichen Kommissionen werden von Seiten der Dienstnehmer von Gewerkschaften und von den Mitarbeitervertretungen entsandt. Die Vertreter müssen keiner Kirche mehr angehören; die bislang geltende ACK-Klausel ist damit entfallen. Die badische Landessynode wird auf ihrer nächsten Tagung im April 2014 über ein Zustimmungs- und Ausführungsgesetz zum Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetz zu beraten und zu entscheiden haben.

¹⁹ Zuletzt BAG, Urteil vom 20. November 2012 – 1 AZR 179/11, BAGE 143, 354 = Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht 58 (2013), 210.

III. Die Legitimation des Staates

1. Böckenförde (1964/1967)

Der Professor für öffentliches Recht, Verfassungs- und Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie und spätere Richter des Bundesverfassungsgerichts Ernst-Wolfgang Böckenförde hielt im Oktober 1964 in einer Ortschaft namens Ebrach einen Vortrag mit dem Titel: „Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation“. Der Vortrag wurde im Jahre 1967 veröffentlicht. Das Wort „Säkularisation“ kommt vom lateinischen „Saeculum“ (Jahrhundert) und bezeichnet das „Zeitliche“ im Gegensatz zum „Ewigen“. „Säkularisation“ ist – ganz allgemein gesagt – der Entzug oder die Entlassung einer Sache, eines Territoriums oder einer Institution aus kirchlich-geistlicher Observanz und Herrschaft. Böckenförde beschreibt in seinem Vortrag die Ablösung der politischen Ordnung von ihrer geistlich-religiösen Bestimmung und Durchformung, ihre Verweltlichung im Sinne des Heraustretens aus einer vorgegebenen religiös-politischen Einheitswelt zu eigener, weltlich konzipierter (eben politischer) Zielsetzung, schließlich die Trennung der politischen Ordnung von der christlichen Religion und jeder bestimmten Religion als ihrer Grundlage und ihrem Ferment. Diesen Vorgang lässt Böckenförde bereits mit dem Investiturstreit 1076/77 beginnen. Ausgangspunkt sei eine „res publica christiana“ gewesen, in welcher das Christentum nicht nur anerkannte Grundlage der politischen Ordnung war. Sie, die res publica, war in sich selbst, in ihrer Substanz, sakral und religiös geformt, eine heilige Ordnung, die alle Lebensbereiche umfasste, ohne zwischen „geistlich“ und „weltlich“, „Kirche“ und „Staat“ zu unterscheiden. Man könnte auch an die „Societas perfecta“ des Aristoteles denken, im Sinne eines umfassenden, alle Lebensbereiche der Menschen in sich einbeziehenden Gemeinwesens, das sich selbst genügt. In dieser Einheit übten Kaiser und Papst ihre jeweiligen Ämter aus. Der Kaiser war als Schirmherr der Christenheit ebenso eine geweihte, geheiligte Person (Novus Salomon) wie der Papst. Der Investiturstreit war Folge einer – übrigens theologisch begründeten – Trennung von „geistlich“ und „weltlich“. Die Träger der geistlichen Ämter beanspruchten alles Geistliche, Sakrale, Heilige für sich und die von ihnen gebildete „ecclesia“, aus deren Bereich der Kaiser und das Herrscheramt überhaupt verwiesen und in die Weltlichkeit entlassen wurde. Die Verhängung des Kirchenbanns über Heinrich IV. wäre auch in der alten „Einheitswelt“ vorstellbar gewesen. Papst Gregor VII. beschränkte die Lossprechung dann jedoch auf den von ihm zuvor verhängten Bann, also auf die Versöhnung mit der Kirche. Die Wiedereinsetzung ins Königsamt musste Heinrich selbst betreiben. Damit wurde – nach Böckenförde – die Trennung von geistlich und weltlich manifest. In einer noch selbstverständlich christlichen Gesellschaft bedeutete die Trennung zugleich die Superiorität des Geistlichen; denn die christlichen Gebote, über deren Auslegung und Einhaltung die geistliche Gewalt zu wachen hat, galten auch für den weltlichen Herrscher. Dabei musste es jedoch nicht bleiben und blieb es auch nicht.

Die zweite Stufe der Säkularisation trat nach Böckenförde im Zeitalter der Glaubensspaltung ein. Grundsätzlich war es bis dahin Aufgabe der weltlichen Macht gewesen, mit ihren Mitteln öffentlich den Irrtum zu unterdrücken und Ketzer und Häretiker zu bestrafen, auch dann, wenn sie nicht zugleich politische Unruhestifter waren. Auch die nicht-aufrührerischen Häretiker lästerten Gott. Die Religionsfrage wurde im vollen Umfang eine Angelegenheit der Politik, die sich auf Dauer aber

nicht als ausführendes Organ der einen oder anderen Religionspartei verstehen wollte. Um der politischen Ordnung willen unterstellten die Inhaber weltlicher Gewalt, die Könige und Fürsten, die geistlichen Dinge ihrer eigenen Aufsicht. So kam es auch zu einer neuen Legitimation politischer Herrschaft: Nicht darauf komme es an, welches die wahre Religion sei, sondern wie man beisammen leben könne, sagte Michel de L'Hôpital, der Kanzler des Königs von Frankreich, im Jahre 1562. Die Abwesenheit von Krieg ist ein selbständiges, in sich gerechtfertigtes Gut. Der König hat darauf zu achten, dass seine Untertanen sich nicht in blutigem und heimtückischem Starrsinn zu vernichten suchen; die Wahrheitsfrage hat er dagegen nicht zu entscheiden. Dass es in Frankreich wie fast überall in Europa doch noch lange Zeit bei dem Prinzip der Staatsreligion blieb, war eine Frage der Politik: Man ging davon aus, dass in einem Staat nicht zwei Religionen bestehen können. Etwas später formulierte der englische Philosoph Thomas Hobbes (1588-1679) in seiner Schrift *De Cive* (1642) Staatsziele, die sich wie folgt zusammenfassen lassen: Der Staat hat den äußeren und inneren Frieden zu sichern und den Rahmen für die Befriedigung der individuellen Lebensbedürfnisse zu schaffen; hierfür wird er mit dem „*summum imperium*“, der souveränen Herrschaftsgewalt ausgestattet. Man könnte auch Hugo Grotius zitieren (*De jure belli ac pacis*): Eine Rechtsordnung muss Bestand haben, auch wenn wir annähen, dass es Gott nicht gäbe (*etsi deus non daretur*). Die französische Revolution von 1789 schuf den ersten Staat, der als politische Herrschaftsorganisation zur Sicherung der Rechte und Freiheiten des Einzelnen verstanden wurde; zu den Freiheiten, um deren Sicherung und Erhaltung der Staat besteht, gehört seit der Verfassung von 1791 auch die Glaubens- und Religionsfreiheit. Basis des Staates ist der Mensch, nicht die Religion. Die Substanz des Allgemeinen, das der Staat verkörpern und sichern soll, muss unabhängig von der Religion in weltlichen Zielen und Gemeinsamkeiten gefunden werden. Das Maß der Verwirklichung der Religionsfreiheit bezeichnet daher das Maß der Weltlichkeit des Staates. Unser Grundgesetz kennt nicht nur die vorhin besprochene Ablehnung einer Staatskirche (Art. 140 GG, § 137 Abs. 1 WRV), sondern enthält im Grundrechtekatalog mit Art. 4 GG einen eigenen Artikel, der die Glaubens- und Gewissensfreiheit betrifft:

(1) Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.

(2) Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.

(3) Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden.

Böckenförde fragt nunmehr nach der „Entchristlichung“ des Staates. Der Religion – im Jahre 1964 ist das die christliche Religion – ist die institutionell-öffentliche Existenzform und die notwendige Teilhabe am Allgemeinen des Staates verwehrt. Hat damit der christliche Glaube seine Weltwirksamkeit und mögliche Geschichtsmächtigkeit verloren? Hieran schließt sich die zweite Frage an: Woraus lebt der Staat, worin findet er die ihn tragende, homogenitätsverbürgende Kraft und die inneren Regulierungskräfte der Freiheit, deren er bedarf, nachdem die Bindungskraft aus der Religion für ihn nicht mehr essentiell ist und sein kann? Diese Frage beantwortet er mit dem berühmten Satz, der als „Böckenförde-Diktum“ (Böckenförde-Paradox) bekannt geworden ist:

Der freiheitliche Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. [...] So wäre denn noch einmal [...] zu fragen, ob nicht auch der säkularisierte weltliche

Staat letztlich aus jenen inneren Antrieben und Bindungskräften leben muss, die der religiöse Glaube seiner Bürger vermittelt.

2. Kritik

Von einer homogenen Religiosität wird man in der real existierenden Bundesrepublik des Jahres 2014 nicht mehr sprechen können. Die Vision eines „homogenen“ Staates wird dem neuzeitlichen säkularen Staat, der Heterogenität, der faktischen kulturellen Vielfalt und der Wertepluralität in der modernen Gesellschaft nicht mehr gerecht, zumal sich auch die Pluralisierung innerhalb der Religionen und Konfessionen verstärkt. Einer der Kritiker ist Hartmut Kreß.²⁰ Er will die Gestaltungsverantwortung für die Bürger und die Zivilgesellschaft bei der staatlichen Rechtspolitik belassen. Es sei Aufgabe des Staates, rechtsstaatliche Ideale lebendig zu erhalten, die Werte aller zu beachten und in seiner Rechtsordnung auch den Wertewandel aufzuarbeiten. Auf eine religiöse Legitimierung soll der säkulare Staat vollständig verzichten. Deshalb sollte „Böckenfördes Formel invers gelesen und vom Kopf auf die Füße gestellt werden: Für die Voraussetzungen der staatlichen Ordnung und für die Rahmenbedingungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens trägt der Staat hohe Verantwortung, von der nicht durch die Berufung auf andere Instanzen oder Institutionen abgelenkt werden darf. Es ist überfällig, das Diktum in dieser Hinsicht zu korrigieren. Im Ergebnis empfiehlt es sich, die eigenständige weltliche Dimension, die innerweltliche Begründung sowie die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates höher zu gewichten und sie positiver zu bewerten, als das Böckenförde-Diktum es nahelegt.“²¹

Als sei dies noch nicht deutlich genug, zitiert Kreß außerdem den Verfassungsrechtler Peter Häberle: „Der Verfassungsstaat selbst gestaltet die Verfassungsvoraussetzungen mit – dies entgegen einer immer wieder zitierten Ebracher Phrase, die nicht dadurch richtig wird, dass sie ‚Flügel‘ bekommt, durch viele Redner und viele Autoren.“

Ähnlich hat sich Jürgen Habermas geäußert. Seiner Ansicht nach können demokratische Praktiken eine eigene Dynamik entfalten. Der liberale Staat ist ihm zufolge keineswegs unfähig, „seine motivationalen Voraussetzungen aus eigenen säkularen Beständen zu reproduzieren“. Einigendes Band sei der „demokratische Prozess“ als solcher.²²

3. Böckenförde (2006)

Die Kritik ist jedenfalls in dieser Schärfe nicht berechtigt. Das Problem der fehlenden Homogenität unserer heutigen Gesellschaft hat Böckenförde erkannt und in seine

²⁰ Vgl. Hartmut Kreß, Werte, Religion und Toleranz im säkularen Staat, Referat vom 29. November 2008 auf einer Tagung der Humanistischen Union; ähnlich Ders., Religion im säkularen Staat, Vortrag in der Diskussionsveranstaltung „Braucht Deutschland Religion?“, Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin, 30. Mai 2006.

²¹ Hartmut Kreß, Ethik der Rechtsordnung. Staat, Grundrechte und Religionen im Licht der Rechtsethik, Stuttgart 2012, 32.

²² Zit. nach Hans-Jürgen Papier, Bedürfen Staat und Gesellschaft der Kirche?, in: Glauben gestalten – Glaubengestalten (wie Anm. 5), 244-251, hier: 248.

Überlegungen einbezogen. In einem Aufsatz aus dem Jahre 2006²³ sagt er, dass der Staat nur noch begrenzt und für die Zukunft mit abnehmender Tendenz auf die christliche Religion als gemeinsam verbindende und ein tragendes Ethos vermittelnde Kraft bauen kann. Eine Lösung findet er in der Religionsfreiheit als Menschenrecht, die nicht unter einem Kulturvorbehalt stehe und stehen dürfe. Jeder hat ein Anrecht darauf, nicht nur „halb und privat“, sondern zur Gänze aus seinen Wurzeln leben zu können. Integration hat das Ziel, die Menschen in die gemeinsame Ordnung einzubeziehen, ohne ihnen die Aufgabe ihrer Identität abzuverlangen; es geht um Integration, nicht um Assimilation. Die Lösung liege in der Stabilisierung einer offenen säkularen Freiheitsordnung. Dazu bedarf es freiheitsbezogener, aber auch freiheitsbegrenzender Gesetze, deren Einhaltung durchgesetzt werden muss. Diese freiheitsbezogenen Gesetze könnten das einigende Band der pluralen, teilweise auseinanderstrebenden kulturellen Wirklichkeit hervorbringen, ganz im Sinne Montesquieus: „Freiheit heißt, alles tun zu dürfen, was die Gesetze erlauben.“ Grundlage des gemeinsamen Zusammenlebens wird dann die Gesetzesloyalität.

4. Positivismus und Naturrecht

Gustav Radbruch (1878-1949), Professor der Rechtswissenschaften in Kiel und Heidelberg, war seit 1920 für die SPD im Reichstag, war 1921-22 und 1923 Reichsjustizminister, wurde 1933 wegen politischer Unzuverlässigkeit entlassen, erhielt 1945 seine Professur zurück und starb 1949 in Heidelberg. Bis 1933 galt Radbruch als typischer Vertreter des Rechtspositivismus und des neukantianischen Wertrelativismus. Der Relativismus hat sich als Gegenspiel zur Doktrin des Naturrechts entwickelt. „Seiner Ansicht nach ist jede inhaltliche Auffassung des gerechten Rechts nur unter der Voraussetzung einer bestimmten Lage der Gesellschaft und eines bestimmten Systems der Werte gültig. Die sozialen Umstände sind unendlich wandelbar, die Zahl der Wertsysteme dagegen beschränkt. Es ist deshalb möglich, ein vollständiges System der Wertungen aufzustellen, die in einer bestimmten sozialen Lage möglich sind. Aber es ist unmöglich, zwischen diesen Möglichkeiten auf eine wissenschaftliche, beweisbare und unwiderlegliche Weise zu entscheiden. Die Wahl zwischen ihnen ist nur durch eine Entscheidung möglich, die aus der Tiefe des individuellen Gewissens geschöpft wird. Denkt man diesen Gedanken konsequent zu Ende, bietet nur er die Grundlage für die verpflichtende Kraft des positiven Rechts.“ Warum? „Gäbe es ein Naturrecht, eine eindeutige, erkennbare und beweisbare juristische Wahrheit, so wäre auf keine Weise einzusehen, warum positives Recht, das mit dieser absoluten Wahrheit in Widerspruch stünde, verpflichtende Kraft haben sollte – es müsste verschwinden wie der entlarvte Irrtum vor der entschleierte Wahrheit. Die verbindliche Kraft positiven Rechts kann nur auf eben die Tatsache gegründet werden, dass das richtige Recht weder erkennbar noch beweisbar ist. [...] Der Relativismus mündet aus in den Positivismus.“²⁴ Nach 1945 hat Radbruch demgegenüber die nach ihm benannte, berühmt gewordene „Radbruchsche Formel“ entwickelt, nach welcher sich ein Richter im Konflikt zwischen dem positiven (gesetzten) Recht und der Gerechtigkeit

²³ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der säkularisierte Staat. Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert*, München 2007.

²⁴ Gustav Radbruch, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, 1934; Auszug aus Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie III*, bearbeitet von Winfried Hassemer, Heidelberg 1990.

immer dann und nur dann gegen das Gesetz und für die materielle Gerechtigkeit zu entscheiden habe, wenn das fragliche Gesetz entweder als „unerträglich ungerecht“ anzusehen ist oder das Gesetz die im Begriff des Rechts grundsätzlich angelegte Gleichheit aller Menschen aus Sicht des Interpreten „bewusst verleugnet“:

Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat [...] Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges Recht“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.²⁵

Es wundert nicht, dass das Naturrecht nach 1945 eine Wiederkehr erlebte. In den Verfassungsberatungen spielten naturrechtliche Überlegungen eine Rolle, die den politischen Neuaufbau prägen sollten. Der erste Präsident des Bundesgerichtshofs, Hermann Weinkauff, sagte in seiner Ansprache zur Eröffnung des Gerichts am 8. Oktober 1950, es sei die besondere Aufgabe des Gerichts, *sich auf die metaphysische Grundlage des Rechts zurückzubewahren und [...] in besonnener Kühnheit den Versuch zu machen, diejenigen wenigen, inhaltlich erfüllten, aus sich selbst heraus geltenden, allgemeinen Rechtssätze wieder zu erarbeiten, die jedem positiven Recht bindend vorausliegen.*²⁶ 20 Jahre später musste Weinkauff allerdings feststellen, dass dieser Versuch misslungen sei.²⁷

5. Menschenwürde

Das Grundgesetz stellt den Menschen, seine Würde und sein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in den Mittelpunkt der Verfassungsordnung; Achtung und Schutz der Menschenwürde ist zum primären Staatszweck unter dem Grundgesetz geworden. Die in Art. 1 Abs. 1 GG an die Spitze des Grundrechtskatalogs und des Grundgesetzes gestellte Menschenwürde kann zwar christlich begründet werden, es ist jedoch offensichtlich, dass aber auch andere Begründungen möglich sind. Eine christliche Begründung lässt sich etwa bei Wolfgang Huber nachlesen²⁸:

„In der Rechtfertigungslehre wird die Einsicht formuliert, daß der Mensch als Person nicht durch seine eigenen Leistungen definiert, sondern allein durch seine Gottesrelation konstituiert wird, also durch etwas, was seiner eigenen Verfügung schlechterdings entzogen ist. Im Geschehen der Rechtfertigung erfährt sich der Mensch als das Wesen, das weder das bloße Resultat gegebener Bedingungen ist noch in irgendeiner Definition seiner selbst aufgeht, sondern sie alle transzendiert. Seine Würde kann deshalb auch nicht als etwas an ihm selbst Aufweisbares verstanden werden; vielmehr wird sie ihm durch Gottes rechtfertigende Gnade zugesprochen. Der Satz, dass der Mensch durch Gnade gerechtfertigt werde, bildet deshalb in der reformatori-

²⁵ Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 1946, 105, 107

²⁶ Zitiert nach Wolfgang Huber, Gerechtigkeit und Recht. Grundlinien christlicher Rechtsethik, Gütersloh 1996, 85.

²⁷ Ebd.

²⁸ Ebd., 230.

schen Theologie eine Definition des Menschen, die an die Stelle geläufiger philosophischer Definitionsangebote tritt. Dieser seiner Bestimmtheit durch göttliche Gnade korrespondiert also die Freiheit des Glaubens und des Gewissens. In diesem prinzipiellen Sinn bildet die Glaubens- und mit ihr auch die Religionsfreiheit für ein an der Reformation geschultes Verständnis den Kern der Menschenrechte.“

Auch Huber beschreibt jedoch „Verschiebungen“ gegenüber tradierten christlichen Denkformen. Die Würde des Menschen wird nicht mehr unmittelbar in seiner Gottebenbildlichkeit, sondern in seiner – mit dieser freilich noch lange verbunden gedachten – Vernunftbegabung verankert.²⁹ Hartmut Kreß gesteht in seiner bereits zitierten Ethik der Rechtsordnung³⁰ immerhin zu, dass die Idee der Menschenwürde auch christlich-religiöse und jüdisch-religiöse Motive „als Hintergrund“ habe. In den gängigen Kommentierungen wird der naturrechtliche oder gar religiöse Hintergrund allenfalls noch im Rahmen der „Entstehungsgeschichte“ berichtet. Das war nicht immer so. Der Standardkommentar zum Grundgesetz ist derjenige von Maunz/Dürig. In der Erstkommentierung von Günter Dürig aus dem Jahre 1958 wurde die Menschenwürde als „sittlicher Wert“ verstanden, durch welchen sich das positive, also das gesetzte Verfassungsrecht auf ein vor-positives Fundament bezieht, eine Art „naturrechtlicher Anker“. Von Dürig stammt die sog. „Objektformel“, welche besagt, dass der Mensch nicht zum bloßen Objekt des Staates gemacht werden dürfe. Diesen Satz hat das Bundesverfassungsgericht etwa in der Begründung seines Urteils vom 15. Februar 2006 zum Luftsicherheitsgesetz herangezogen.³¹ In der Neukommentierung aus dem Jahre 2003 von Matthias Herdegen heißt es demgegenüber:

„Die im Parlamentarischen Rat herrschende Vorstellung, das Grundgesetz übernehme mit der Menschenwürdeklausel deklaratorisch einen Staat und Verfassung vorgeordneten Anspruch ins positive Recht, hat noch beachtliche Suggestivkraft [...] Für die staatsrechtliche Betrachtung sind jedoch allein die (unantastbare) Verankerung im Verfassungstext und die Exegese der Menschenwürde als Begriff des positiven Rechts maßgebend.“

Böckenförde hat der Neukommentierung des Art. 1 im Maunz/Dürig einen Artikel in der FAZ gewidmet mit dem sehr bezeichnenden Titel „Die Würde des Menschen war unantastbar“ und kritisiert, dass Herdegen die Menschenwürde auf eine schlichte, den übrigen Grundrechten gleichrangige Verfassungsnorm reduziert habe.³² Der Titel spricht Bände. Herdegen scheint die Kommentierung danach mehrfach geändert zu haben. Auch nach der jetzigen Fassung haben Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 GG keinen überpositiven Gehalt; es handelt sich vielmehr um positives, also gesetztes Recht (Rn. 19, 20, 21).

Nicht viel anders liest sich die Kommentierung von Horst Dreier in einem anderen Kommentar³³: Der Begriff der Menschenwürde sei kein „Säkularisat“ christlicher Glaubenssätze; er sei vielmehr aus einer Gemengelage antiker und moderner Traditionen erwachsen. In einem Sonderband „Säkularisierung und Sakralität“ führt er diesen Gedanken näher aus.³⁴ Trotz ihrer Lehre von der gleichen Gottebenbildlichkeit aller habe die Kirche die Menschen über Jahrhunderte durchaus folgenreich nach Christen, Häretikern und Nichtchristen sowie nach Männern und Frauen unterschied-

²⁹ Ebd., 231.

³⁰ Kreß, Ethik der Rechtsordnung (wie Anm. 21), 137ff.

³¹ 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 = NJW 2006, 751, Rn. 119; Luftsicherheitsgesetz.

³² Hier zitiert nach Ernst-Wolfgang Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, erweiterte Ausgabe, Frankfurt 2006.

³³ Horst Dreier, Grundgesetz, 8., erg. u. aktualisiert Aufl., Tübingen 2013, Art. 1 Rn. 8

³⁴ Dreier, Säkularisierung (wie Anm. 8), 79ff.

den. Bis weit in das 20. Jahrhundert hinein seien dem egalitären, autonomieverbürgenden Charakter der Menschenwürde zuwiderlaufende politischen Ordnungen (Ständestaat, absolute Monarchie, Aristokratie) akzeptiert, seien Sklaverei und Menschenhandel gerechtfertigt oder noch hingenommen worden. Die Kirche habe sich schwergetan, die moderne Menschenrechtsidee zu übernehmen. Dreier zieht aus alledem den Schluss, dass es sich bei der Menschenwürde des Grundgesetzes gerade nicht um eine „rettende Übersetzung“ der christlichen Gottebenbildlichkeit handelt, wie Jürgen Habermas meinte, sondern um ein aliud. In Abgrenzung zu Hans Jonas, Sakralität der Person, verweist Dreier verweist, dass der Schutz der Menschenwürde nicht darauf gerichtet sei, den Menschen wie einen geheiligten Bezirk vor Einblicken und Zugriffen abzuschirmen; der Mensch sei keine „sakrale Monade“: „Vielmehr führt der Mechanismus der gleichen Freiheit aller dazu, in einem historisch unvergleichbaren Umfang Differenzen und Konflikte auszutragen, in denen beständig in die Sphäre des anderen eingegriffen wird – nicht in seinem Leib, aber in seine geistige, soziale und auch wirtschaftliche Sphäre. Eine plurale Gesellschaft mit starken Freiheitsgarantien trägt ein hohes Dissenspotential in sich und führt automatisch zu wechselseitigen Zumutungen von erheblichen Ausmaß. [...] Im Streit der Auffassungen und Positionen zu bestimmten Fragen zum Beispiel auch wissenschaftlicher Art, wird der andere nicht als sakrales Heiligtum, sondern als nach allen Regeln der Kunst zu kritisierendes Subjekt behandelt, mag dieser das als noch so unfair und ungerecht empfinden. [...] Und dennoch muss das eine wie das andere im Namen der Freiheit ertragen, im ursprünglichen Sinne des Wortes ‚toleriert‘ werden.“³⁵

In einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, gibt es kein Recht darauf, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben.³⁶ Da die Wahrung des Friedens und die Konvivenz der Bürger in einer pluralistischen Kultur ohne Toleranz nicht gelingen können, darf und soll der Staat sie den Bürgern sogar zumuten. Dies haben evangelische Christen hinzunehmen; hierauf dürfen sie sich aber im Konfliktfall auch berufen.

³⁵ Ebd., 108f.

³⁶ Beschluss vom 16. Mai 1995 – 1 BvR 1087/91, BVerfGE 93, 1 = NJW 1995, 2477.