

# Religionsfreiheit und Gleichberechtigung der Geschlechter

Spannungen und ungelöste Konflikte

Herausgegeben von  
Juliane Kokott und Ute Mager

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlags

ISBN 978-3-16-153529-1

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

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde Laupp & Göbel in Nehren gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlags

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XV

### Rechtstheoretische Grundlagen

<i>Matthias Mahlmann</i> Vielfalt der Religionen, Einheit der Gleichheit? .....	3
<i>Susanne Baer</i> Gleichberechtigung in pluralen Gesellschaften – Ausgangspunkte und Grenzen eines vertieften Gesprächs .....	35

### Frauenbilder in Religionen

<i>Karl Kardinal Lehmann</i> Anthropologische Perspektiven aus der Sicht katholischer Theologie ..	51
<i>Ute Gause</i> „Explosion der Moderne“? (Kurt Nowak) – Der Wandel des evangelischen Frauenbildes in Deutschland im 20. Jahrhundert .....	69
<i>Irene Schneider</i> Frauenbilder und Geschlechterrollen im islamischen Diskurs in Geschichte und Gegenwart .....	81
<i>Axel Michaels</i> Heilige Ehefrauen und gefährliche Witwen – Der Status von Frauen im vormodernen Hindu-Recht .....	91

## Frauenrollen und Bekleidungs Vorschriften

*Anna-Katharina Höpflinger*

„Mit schlangen gürt ich meinen leyb“ – Die Verhüllung der Frau  
und die Forderung nach Geschlechtergleichheit in der christlichen  
Religionsgeschichte ..... 105

*Elisa Klapheck*

Der *Tallit* als Symbol für jüdische Frauenemanzipation – Religiöse  
Dress Codes und der Kampf um innerreligiöser Religionsfreiheit ..... 121

## Aktuelle Rechtsprobleme

*Irene Schneider*

Der *ṭalāq* auf Reisen – Kodifikation, Geschlechtergleichheit und  
Islamisches Personalstatut in der globalen postkolonialen Moderne .... 133

*Angelika Nußberger*

Unauflösbare Wertungswidersprüche? – Die Rechtsprechung  
des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Autonomie  
von Religionsgemeinschaften und zum Verbot der Diskriminierung  
aufgrund des Geschlechts ..... 161

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren ..... 179

Personenverzeichnis ..... 181

Sachverzeichnis ..... 183

# Vielfalt der Religionen, Einheit der Gleichheit?

*Matthias Mahlmann*

## *Inhalt*

I.	Gleichheit im religiösen Kontext .....	3
II.	Pluralismus der Religionen .....	6
	1. Ein bleibender religiöser Pluralismus .....	6
	2. Relativismus ohne Alternative? .....	7
	3. Axiologischer Relativismus – Versprechen oder Bedrohung von Gleichheit und religiöser Entfaltung? .....	8
III.	Begriffe der Gleichheit .....	10
IV.	Der Zweck der Religionsfreiheit .....	16
V.	Theoretische Begründung der Religionsfreiheit .....	17
VI.	Bedingungen religiöser Freiheit .....	20
VII.	Gleichheitsbezogener Pluralismus: Einige Umrisse .....	24
	1. Rechtsgutsbezogene Abwägungsmaßstäbe .....	24
	2. Glaubenssphären .....	26
	3. Wer entscheidet? .....	30
VIII.	Einige Perspektiven .....	32

## I. Gleichheit im religiösen Kontext

Das Verhältnis von Religionen und Gleichheit ist facettenreich, schwierig und strittig. Zwei Aspekte sind besonders wichtig, um Vereinfachungen dieses Verhältnisses zu vermeiden.

Erstens sollte bewusst bleiben, dass Religionen wichtige Gründe dafür liefern, die Gleichheit von Menschen – und das heißt im verfolgten normativen Zusammenhang natürlich Gleichwertigkeit, nicht Eigenschaftsidentität von Menschen – zu begründen. Einige der historisch wirkungsmächtigsten Argumente für menschliche Gleichheit wurden gerade aus religiösen Überzeugungen gewonnen. Das Verständnis der existentiellen Lage von Menschen, insbesondere ihr Verhältnis zu transzendenten, göttlichen Kräften kann sehr nachdrücklich egalitäre Gedanken inspirieren. Dafür kann es im Einzelnen verschiedene Gründe geben. Argumente können etwa aus den spezifischen Eigenschaften gewonnen werden, die Menschen von anderen, nicht-menschlichen Wesen, aber nicht

untereinander unterscheiden. Die weiten Perspektiven von Religionen auf die menschliche Existenz können auch die Bedeutung von Unterschieden im Erreichten, der sozialen Stellung oder in anderen Hinsichten, die im alltäglichen Leben für sehr wichtig gehalten werden können, relativieren. *Sub specie aeternitatis* erscheint vielleicht zwangsläufig Gleichheit, nicht Unterschiedenheit als offensichtliches Merkmal menschlicher Existenz.

Religiöse Argumente für menschliche Gleichheit sind dabei in keiner Weise auf unerhebliche Rhetorik beschränkt. Ganz im Gegenteil: Religiöse Argumente können subversiv wirken und die Legitimität von gesellschaftlichen Machtstrukturen untergraben, die auf Ungleichheit aufgebaut sind und zwar auch dann, wenn diese gesellschaftlichen Strukturen sozial, politisch und kulturell tief verankerte Herrschaftsverhältnisse widerspiegeln.

Dies ist etwa bei rassistischen Diskriminierungen und ihren institutionellen Verkörperungen wie der Sklaverei der Fall gewesen – vom Abolitionismus<sup>1</sup> bis zu Martin Luther King.<sup>2</sup> Ein eindrucksvolles Beispiel bilden in dieser Hinsicht die Argumentationsweisen in berühmten Autobiografien ehemaliger Sklaven. Eines der fundamentalen Argumente gegen die vielfältigen Übel der Sklaverei und für ihre Abschaffung aus Gründen der Gleichheit ist im christlichen Kontext die gleiche Gottesgeschöpflichkeit der Menschen und die Gleichheit der kreatürlichen Eigenschaften, die z. B. mit der Idee einer Gottesebenbildlichkeit gefasst werden können und die daraus folgende Berechtigung jedes Menschen, dass seine Humanität anerkannt werde.<sup>3</sup>

Für das Geschlecht gilt ähnliches. Das Argument, das Gleichheitsansprüche aus dem geteilten spezifischen Verhältnis aller Menschen zu Gott gewinnt, ist auch für die Gleichheit der Geschlechter von offensichtlicher Relevanz, wenngleich viele gegenwärtige Diskurse zur Gleichheit der Geschlechter säkular orientiert sind – wenn auch keineswegs ausschließlich.<sup>4</sup>

Zweitens gilt es daran zu erinnern, dass religiöse Argumente aber auch dafür gebraucht werden können, Ungleichheiten zu rechtfertigen. Zufällige Traditionen und Sozialarrangements, die diskriminieren, werden bis heute durch religiöse Glaubensüberzeugungen legitimiert. Die Sklaverei kann dafür erneut als Beispiel dienen. Nicht nur die Abschaffung der Sklaverei wurde ja aus religiösen Gründen gefordert, die Institution der Sklaverei selbst wurde über Jahr-

<sup>1</sup> Ein frühes Beispiel ist die Kritik der Sklaverei bei *Bartolomé de las Casas*, *Short Account of the Destruction of the Indies* (1542/1552), 1999.

<sup>2</sup> Vgl. z. B. *M. L. King*, *Letter from a Birmingham Jail, on the fight for „our constitutional and God given rights“*, 1963.

<sup>3</sup> Vgl. *F. Douglass*, *Narrative of the Life of Frederick Douglass, an American Slave* (1845), 1982.

<sup>4</sup> Ein gutes Beispiel ist feministischer Aktivismus innerhalb einer religiösen Glaubensgemeinschaft, vgl. z. B. für das Judentum die Aktivitäten der „*Women of the Wall*“. Dazu z. B. *F. Rada*, *Culture, Religion and Gender*, I. Con 2003, 663, 688 f., die „*Jewish Feminist Orthodox Alliance*“ oder *Blu Greenberg*, *On women in Judaism: A view from tradition*, 1981.

hunderte hinweg aus religiösen Gründen verteidigt.<sup>5</sup> Eine große Anzahl von Ungleichheiten, die das Geschlecht betreffen, werden bis heute durch religiöse Argumente abgesichert – etwa über den Bezug auf eine behauptete anthropologischen Differenz zwischen den Geschlechtern, ihre sozialen Rollen oder andere derartige Überlegungen.<sup>6</sup>

Diese beiden Beobachtungen führen zu einer wichtigen Schlussfolgerung, die bedeutsam für jede Überlegung ist, die das Verhältnis für Religion und Gleichheit betrifft. Es ist notwendig, sowohl eine selbstgerechte, apologetische Feier der Rolle von Religionen für die Durchsetzung von Gleichheit als auch eine antireligiöse Eiferei zu vermeiden, die zu schnell Religion mit der rückwärtsgewandten Verteidigung von nicht-egalitären Prinzipien identifiziert. Die reiche und wandelbare Natur von Religion macht solche einseitigen Reduktionismen unmöglich. In Anbetracht dieser Schwierigkeiten und widersprüchlichen Rollen, die Religion für Gleichheitsüberlegungen spielt, wird jede Vereinfachung des Verhältnisses von Religion und Gleichheit und im Besonderen der Geschlechtergleichheit scheitern.

Mit diesem Hinweis auf die nötige Vorsicht beim Umgang mit dem Problem im Rücken kann man sich der Frage nähern, die hier genauer verfolgt werden soll: Wie sich nämlich *der religiöse Pluralismus zur rechtlichen Konzeptualisierung von Gleichheitsprinzipien verhält*, insbesondere ob ein *religiöser Pluralismus notwendig impliziert, dass ein pluralistischer Begriff der Gleichheit* gebildet werden muss, im Allgemeinen und in Bezug auf die Geschlechtergerechtigkeit im Besonderen. Es gibt viele Religionen – kann es in Anbetracht dieser Lage nur eine Form von Gleichheit geben, die für alle gilt? Ist eine solche Vorstellung von Gleichheit nicht schwer mit dem grundsätzlichen axiologischen Pluralismus gegenwärtigen Denkens zu vereinbaren? Ist das Recht nicht verpflichtet, diesem Pluralismus Tribut zu zollen, indem es mit seinen differenzierten, normativen und dogmatischen Instrumenten großzügig den vielfältigen Vorstellungen von wahrer Gleichheit, die Religionen formuliert haben, einen Platz einräumt? Würde irgendetwas Anderes nicht die Religionsfreiheit verletzen, die ein grundlegendes Element der modernen Grundrechtsordnung bildet? Damit werden weitreichende Fragen formuliert mit offensichtlichen praktischen Folgen für Gegenstände, die in den modernen verfassungsrechtlichen Diskussionen um Gleichheit und Religionsfreiheit intensiv debattiert werden – vom Arbeitsrecht religiöser Gemeinschaften bis zum Tragen symbolischer Kleidungsstücke in der Öffentlichkeit. Um diese Fragen zu beantworten, muss das Verhältnis von religiösem Pluralismus zum Inhalt von Gleichheit genauer verstanden werden. Dies soll deshalb nunmehr als Erstes untersucht werden.

<sup>5</sup> Ein lebendiges Beispiel sind wiederum die Autobiografien von ehemaligen Sklaven, vgl. *F. Douglass, My Bondage and My Freedom* (1855), 2003, S. 68.

<sup>6</sup> Vgl. z. B. *F. Raday, Culture, religion, and gender*, I.CON 2003, S. 663, 667 ff.

## II. Pluralismus der Religionen

### 1. Ein bleibender religiöser Pluralismus

Der Pluralismus religiöser Vorstellungen ist offensichtlich. Menschliche Religiosität hat sich seit ihrem Beginn gerade durch ihre fruchtbare Kreativität ausgezeichnet. Religiöses Gedankengut und religiöse Gefühle haben neue Interpretationen und Verständnisweisen der menschlichen Existenz hervorgebracht – manchmal seltsam und überraschend, manchmal mit der majestätischen Kraft, die Religionen zu zentralen Bewegungskräften der menschlichen Geschichte macht. Die Moderne hat diesen Prozess des Neuschaffens von Perspektiven nicht zu einem Ende geführt, im Gegenteil, er ist so lebendig wie er immer war. Neue religiöse Differenzierungen zwischen und innerhalb von Glaubenspositionen entstehen durch Konfessionalisierung, die Formung neuer religiöser Identitäten oder die Reformulierung von Traditionen.

Diese Entwicklung ist in keiner Weise überraschend, jedenfalls aus einem bestimmten Blickwinkel, weil Religionen versuchen, Fragen zu beantworten, die von existentieller Bedeutung für Menschen sind: Fragen zur Herkunft, der Bedeutung und dem Ziel ihrer Existenz und der Welt, in der Menschen sich wiederfinden. Das sind keine leicht zu beantwortenden Fragen, nicht zuletzt, weil das menschliche Leben viele schwierige und manchmal schmerzhaft Seiten hat, die diese Fragen mit der Dringlichkeit und Leidenschaft versehen, mit denen Antworten auf sie von Menschen durch die Zeitalter gesucht wurden. Die Welt, in der Menschen leben, bleibt zudem trotz der vielen Erfolge der Wissenschaft in mancher Hinsicht rätselhaft und zwar in einer Weise, die in einem tiefen Sinn menschliche Verständnisweisen herausfordert und vielleicht sogar übersteigt.<sup>7</sup> Die moderne Wissenschaft hat keine einfachen Antworten für die Fragen geliefert, die viele Menschen zur Natur und zum Sinn dieser Welt stellen und religiöse Interpretationen finden infolgedessen weiterhin eine fruchtbare Grundlage.

Es ist wichtig, sich dieser tieferen Wurzeln religiöser Vielfalt gegenwärtig zu bleiben, um der Vorstellung entgegenzutreten, dass der religiöse Pluralismus in einem notwendigen Prozess der Säkularisierung, die durch Rationalisierung<sup>8</sup>, soziale Modernisierung und wachsenden Wohlstand<sup>9</sup> vorangetrieben wird, verschwinden wird. In Anbetracht dessen, was gerade zur existentiellen Bedeutung der Religion ausgeführt wurde, gibt es gute Gründe anzunehmen, dass der religiöse Pluralismus weiterhin einen zentralen Aspekt menschlichen Lebens bilden wird.

<sup>7</sup> Vgl. zur Reichweite der Wissenschaft z. B. *N. Chomsky*, *The Mysteries of Nature – How deeply hidden?* In: J. Bricmont/J. Franck (Hrsg.), *Chomsky Notebook*, 2012, S. 3 ff.

<sup>8</sup> Vgl. zur Säkularisierung von Recht durch Rationalisierung *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Max Weber Gesamtausgabe, Bd. 22/3, 2010, S. 510 ff.

<sup>9</sup> *J. Habermas*, *Religion in the Public Sphere*, *European Journal of Philosophy*, 2006, Bd. 1, zum Begriff der post-säkularen Gesellschaft. Die Frage ist allerdings, ob diese Begrifflichkeit die Säkularität der Vergangenheit nicht überschätzt.



Die Konsequenzen des religiösen Pluralismus verdienen aufgrund dieser gegenwärtigen und zukünftigen Wichtigkeit von Religion sehr genaue Aufmerksamkeit.

## 2. Relativismus ohne Alternative?

Dieser religiöse Pluralismus hat viele Konsequenzen, nicht zuletzt in Bezug auf das Verständnis der Glaubensfreiheit und des Verhältnisses von Staat und Religion. Für die Frage, um die es hier geht, ist insbesondere von Interesse, welche Konsequenzen dieser Pluralismus für die *axologische Legitimität und die konkrete Dogmatik von Gleichheitsgarantien* im nationalen, supranationalen und internationalen Menschenrechtsdiskurs besitzt.

Ist es wahr, könnte man fragen, dass dieser Bereich des Rechts wirklich am besten dadurch verstanden wird, dass ihm ein universalistischer, normativer Inhalt der Gleichheit zugrunde gelegt wird? Ein universalistischer Begriff der Gleichheit, der impliziert, dass es nur eine Art der Gleichheit für alle geben kann und nicht gerade viele Auffassungen der Gleichheit, die relativ zu partikularen Perspektiven nicht zuletzt, wenn auch nicht ausschließlich, religiösen Perspektiven gebildet werden?

Auf der einen Seite: Kann es wirklich anders sein? Kann der Begriff der Gleichheit, der konstitutiv für das moderne Rechtsprojekt ist und seine zentralen Folgerungen – Rechtsstaatlichkeit, Konstitutionalismus, Demokratie und Menschenrechte – durchdringt, verstanden werden als fragmentiert durch multiple Bedeutungen, ohne dass dabei die Idee moderner Rechtsordnungen im Kern unterminiert wird? Auf der anderen Seite: Hat nicht die Formulierung einer universalistischen Konzeption der Gleichheit notwendigerweise zur Folge, dass ihre Vertreter in eine Position verwickelt werden, die sie transzendieren wollen? Ist nicht jeder Universalismus, und zwar mit epistemologischer Notwendigkeit, selbst eine besondere Form eines Partikularismus, nämlich eines Partikularismus, der sich seiner eigenen theoretischen Natur nicht bewusst wird, weil er sich fälschlicherweise als wirklich universalistische Perspektive imaginiert?<sup>10</sup> Kann es für irgendeine Theorie mit einem spezifischen Inhalt überhaupt anders sein? Denn bedeutet nicht die Verteidigung eines Inhalts von Gleichheit die Negierung anderer Gleichheitsverständnisse auf der Grundlage von Gründen, die selbst ihrerseits gerechtfertigt werden müssen und dabei nicht endlos gerechtfertigt werden können, wenn das Argumentieren nicht ausdünnen und schließlich in einem infiniten Regress oder einem versteckten Dogmatismus untergehen soll? Ist deshalb nicht der Begriff der Gleichheit unausweichlich mit bestimmten Prinzipien verbunden, die nicht letztbegründet im Sinne einer tatsächlich nicht übersteigbaren, unbezweifelbaren Rechtfertigung durch letzte Argumente, die unumstößliche Gründe liefern, sind, sondern selbst nur relativ zu einer bestimmten, z. B.

<sup>10</sup> Vgl. zu diesem Standardargument z. B. *J.-F. Lyotard, Le Differend*, 1983, S. 208 ff., zur französischen Assemblée Nationale, die sich (fälschlicherweise) als Menschheit verstand.

religiösen Glaubensüberzeugung gelten? Denn was könnten solche unbezweifelbaren, letzten Gründe denn sein?<sup>11</sup>

Sind deshalb die letzten Gründe einer universalistischen Konzeption der Gleichheit nicht notwendig selbst nichts anderes als ein Teil eines kontingenten Systems normativer Überlegungen, das deswegen nicht mehr erkenntnistheoretische Geltung beanspruchen kann, als irgendein anderes System von Überzeugungen, nicht zuletzt religiöser Überzeugungen?

Dieses Argument ist mit Identitätsproblemen verbunden. Wenn man der komunitaristischen Idee eines ontologischen Primats einer Gruppe gegenüber dem Individuum zustimmt<sup>12</sup>, wenn man der These folgt, dass das Individuum durch die politischen, ethnischen und religiösen Eigenschaften der Gemeinschaft, deren Teil sie ist, geformt wird, scheint es offensichtlich zu sein, dass es keinen normativ relevanten Vorstellungsraum jenseits der Grenzen von Gemeinschaften geben kann, weil diese Gemeinschaften selbst die Werte überhaupt erst konstituieren, die Individuen charakterisieren, inklusive jener scheinbar universalistischen, die deswegen tatsächlich an solche Gemeinschaften und ihrer relativen und partikularen Blickwinkel gebunden bleiben. Es gibt viele Stimmen, die derartig argumentieren würden. Das Argument ist ein gewöhnlicher Ausgangspunkt normativer Dekonstruktion mit ihrer, so scheint es manchen, wichtigen, kritischen Funktion, die falschen, womöglich hegemonialen oder gar kulturimperialistischen Ansprüche des Universalismus oder genauer der vielen kontingenten Formen von Universalismen zu demaskieren, um zu verhindern, dass irgendeine dieser Formen die normativen Praktiken oder die Imagination von Menschen kolonialisiert, nicht zuletzt die Praxis und die Begriffsbildung des Rechts.<sup>13</sup>

### 3. Axiologischer Relativismus – Versprechen oder Bedrohung von Gleichheit und religiöser Entfaltung?

Die Konsequenzen dieser konkurrierenden Positionen eines Universalismus bzw. eines pluralistischen Relativismus der Gleichheit sind für diejenigen, etwa Frauen, deren Gleichheit zur Debatte steht, einigermaßen offensichtlich. Religiöse Gebote und Traditionen werden häufig benutzt, um die eine oder andere Art einer benachteiligenden Behandlung von Frauen oder anderer Gruppen wie etwa Homosexueller zu verteidigen.<sup>14</sup> Ein universalistisches Konzept der Gleichheit

<sup>11</sup> Vgl. als Beispiel für Skepsis, dass man wirklich zwischen Wissen und Glauben eine klare Linie ziehen kann, C. Taylor, Die Bedeutung des Säkularismus, in: Forst/Hartmann/Jaeggi/Saar (Hrsg.), Sozialphilosophie und Kritik, 2009, 672 ff.; R. Rorty, Religion in the Public Square, Journal of Religious Ethics 2003, 141, 144.

<sup>12</sup> Vgl. z. B. M. Sandel, Liberalism and the Limits of Justice, 2<sup>nd</sup> ed. 1998; A. MacIntyre, After Virtue, 2<sup>nd</sup> ed., 1984, C. Taylor, Sources of the Self, 1989.

<sup>13</sup> Als jüngeres Beispiel für einen solchen Ansatz vgl. S. Moyn, The Last Utopia, 2010.

<sup>14</sup> Mit einer weiterhin aufschlussreichen Diskussion dazu die Beiträge von Susan Moller Okin, Joshua Cohen, Matthew Howard, und Martha C. Nussbaum (Hrsg.) Is Multiculturalism Bad for Women?, 1999.

scheint im Gegensatz dazu ein zentrales, kritisches Mittel zu sein, um solche Gebote und Traditionen herauszufordern und in neue, gleichheitsorientierte Lebensformen zu transformieren. Für die Religion selbst sind die Folgen einer universalistischen oder partikularistischen Haltung zur Gleichheit weniger offensichtlich. Auf den ersten Blick könnte es so scheinen, als ob eine Sichtweise, die die Möglichkeit universalistischer Konzeptionen der Gleichheit verneint, erfreuliche Perspektiven für Religionen bereithält. Diese Art von Haltung scheint sie von beengenden Anforderungen, die aus Gleichheitsprinzipien stammen, zu befreien und weitere Räume der Selbstbestimmung zu eröffnen, wo religiöse Wertsysteme und Identitäten sich entfalten können, unter anderen auch jene, die Geschlechterverhältnisse betreffen und die im partikularistischen Rahmen geschützt und auf neue Weise legitimiert werden können, weil kein Argument, das sich auf universale Gleichheitsprinzipien stützen würde, sie herausfordern könnte. Aber dieses Bild, diese Annahme, dass Religionen von einer fragmentierten, relativistischen Vorstellung von Gleichheit und ihren rechtlichen Folgen profitierten, könnte in die Irre führen.

Denn der Schutz der Gleichheit religiöser Überzeugungen ist ein zentrales Gut für Religionen und ein Schlüssel für die Verwirklichung ihrer Glaubensfreiheit. Nicht zuletzt ist er auch ein Mittel, um sie gegen Beschränkungen zu schützen, was von existenzieller Wichtigkeit für Minderheitenreligionen sein kann. Wenn jeder Gleichheitsbegriff erkenntnistheoretisch so gut wie alle anderen ist, wenn keiner zumindest einige bessere Gründe für sich hat, welches Argument bleibt dann eigentlich übrig, könnte man fragen, um gegen einen Gleichheitsbegriff zu argumentieren, der parteilich ist, etwa eine Mehrheitsreligion favorisiert und zwar zum Schaden von Minderheitsreligionen, wobei nicht nur ihre Freiheiten beschnitten werden, sondern sogar das Leben ihrer Mitglieder bedroht wird? Das ist keine rein theoretische Frage, weil Gleichheitsbegriffe durchaus nicht-egalitär gebildet werden können, wie etwa die ‚separate but equal-Doktrin‘ des US Supreme Court<sup>15</sup> oder die frühe Rechtsprechung von Verfassungsgerichtshöfen illustriert, die durchaus bedeutende Ungleichheiten etwa des Geschlechts auch unter der Geltung verfassungsrechtlicher Gleichheitsgarantien legitimierten.<sup>16</sup>

Die Antwort auf diese Herausforderung kann dabei nicht darin bestehen, dass diese Art von Haltung widersprüchlich wäre und unplausibel, zumindest wenn

---

<sup>15</sup> *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

<sup>16</sup> Vgl. z. B. die Bezugnahme in der frühen Rechtsprechung des BVerfG auf „funktionale und biologische“ Differenzen der Geschlechter. Insbesondere die funktionale Differenzierung bezog sich ausdrücklich auf die Arbeitsteilung der Geschlechter, was die Tür öffnete, traditionelle (und Prinzipien der Gleichberechtigung häufig verletzende) Rollenmodelle mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Gleichheit der Geschlechter für vereinbar zu erklären. Vgl. BVerfGE 3, 225 (242) – erste Gleichberechtigungsentscheidung. Diese Rechtsprechungslinie wurden inzwischen aufgegeben, vgl. z. B. BVerfGE 85, 191 (207) – Nachtarbeitsverbot; 92, 91 (109) – Sonderabgabe Feuerschutz.

man das Argument, das gerade rekapituliert wurde, wirklich ernst nimmt, dass keine letzten Argumente in normativer Hinsicht existieren. Wenn das wahr ist, dann gilt dies auch für das Argument der Widersprüchlichkeit und Unplausibilität einer solchen nicht-egalitären Gleichheitskonzeption mit der Folge, dass man nicht behaupten kann, dass eine Kritik einer solchen Konzeption objektiv richtiger wäre als ihre Verteidigung. In letzter Instanz, zumindest von einem relativistischen Standpunkt aus, der seine eigenen Annahmen zu Ende denkt, gibt es keine wirklich besseren Argumente für eine egalitäre Gleichheit (um es einmal so zu formulieren) im Vergleich zu einer nicht-egalitären Idee der Gleichheit. Diese Arten von Konzeptionen sind lediglich unterschiedliche, nicht aber als mehr oder weniger, besser oder schlechter gerechtfertigte Begriffe der Gleichheit. Eine „separate but equal“-Doktrin ist in Folge dessen einfach eine andere, keine schlechter gerechtfertigte Interpretation eines Gleichheitssatzes als ihr Gegenteil. Besonders für Minderheitenreligionen kann ein solcher axiologischer Relativismus nun einen gefährlichen Weg bilden. Die Dekonstruktion der Gleichheit im Namen des Relativismus kann zur Zerstörung von axiologischen Positionen führen, die für die Entfaltung und sogar für das Überleben von religiösen Minderheiten zentral sind. Denn worauf sollen diese sich denn berufen, wenn nicht auf die *Gleichheit ihrer Rechte*, nicht zuletzt der Freiheit der Glaubensausübung? Die theoretischen Waffe des axiologischen Relativismus, die geschmiedet wurde, um die Forderung universalistischer Gleichheit zu bekämpfen, kann ihre Schöpfer womöglich schmerzhafter treffen als ihre scheinbaren Feinde. In Anbetracht dieser grundlegenden Fragen und praktischen Probleme gibt es keine Alternative, als in wenigstens einigermaßen grobem Umriss zu erforschen, welche Fundamente normative Gleichheit von Menschen eigentlich besitzt und aus den aus dieser Hinsicht gewonnenen Befunden einige Schlussfolgerungen zu ziehen, was dies konkret für Probleme der Religion und ihr Verhältnis zur Geschlechtergleichheit bedeutet.

### III. Begriffe der Gleichheit

Die grundlegende Gleichheit von Menschen ist ein höchst differenzierungswürdiger und komplexer Begriff.<sup>17</sup> Er wird heute in nationalen, internationalen und supranationalen Grundrechtsordnungen durch ein vielfältiges Netz von

---

<sup>17</sup> Das kann man gut mit der Debatte um einen theoretischen Referenzpunkt der Gegenwartsdebatte von Gerechtigkeit, *J. Rawls* (*A Theory of Justice*, 1971), illustrieren, der dafür kritisiert wird, zu egalitär zu argumentieren (vgl. z. B. *R. Nozick*, *Anarchy, State and Utopia*, 1974), oder nicht egalitär genug (z. B. *G. A. Cohen*, *Rescuing Justice and Equality*, 2008), oder auch in einen transzendentalen Institutionalismus verfangen zu sein, der die inkrementale Verwirklichung von Gerechtigkeit unterschätzt, (vgl. *A. Sen*, *The Idea of Justice*, 2009). Nicht nur die genauen Prinzipien der Verteilung, auch die Objekte der Verteilung sind strittig, z. B. Primärgüter (*J. Rawls*, *A Theory of Justice*, 1971), Ressourcen (*R. Dworkin*, *Sovereign Virtue*, 2000) oder tatsächliches

Regelungen konkretisiert, das trotz vieler Unterschiede im Detail vier wesentliche, normative Dimensionen umfasst:<sup>18</sup> Erstens gibt es allgemeine Gleichheitssätze, die Rechtsanwendungsgleichheit garantieren.<sup>19</sup> Zweitens fordern diese Gleichheitssätze die Schaffung von Recht, das Gleichheitsprinzipien bewahrt, also Rechtssetzungsgleichheit erhält.<sup>20</sup> Drittens gibt es Diskriminierungsverbote<sup>21</sup> die sich auf direkte<sup>22</sup> oder indirekte<sup>23</sup> Ungleichbehandlungen richten, regelmäßig aufgrund der zugeschriebenen Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Behinderung, der Religion und der Weltanschauung, des Alters und der sexuellen Orientierung, und häufig über diese Kernliste von Eigenschaften hinausgehen, nicht selten auch als offene Diskriminierungsverbote formuliert werden, um die Möglichkeit eröffnen, neuen Herausforderungen der Gleichheit zu begegnen.<sup>24</sup> Viertens gibt es Schutzpflichten, die sich darauf richten, Ungleichheiten zu überwinden, die in der Vergangenheit entstanden sind<sup>25</sup>, und zwar nicht nur im Bereich normativer Vorschriften, sondern auch in Bezug auf tatsächliche soziale Gegebenheiten. Gleichheit wird weithin als die Verpflichtung interpretiert,

---

In-der-Lage-Sein (A. Sen, *The Idea of Justice*, 2009). Vgl. näher M. Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 3. Aufl. 2014, § 27; S. Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004.

<sup>18</sup> S. im vergleichenden Überblick S. Baer, in: Sajó/Rosenfeld, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, S. 982 ff.

<sup>19</sup> Vgl. z. B. Art. 20 EU-Grundrechtecharta; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 8 Abs. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV).

<sup>20</sup> Vgl. z. B. EGMR, 6. April 2000, *Thlimmenos v. Greece*, app. No. 34369/97, para 48. Die Rechtsetzungsgleichheit gehört auch zum Schutzbereich von Art. 20 EU-Grundrechtecharta, vgl. M. Rossi, in: Calliess/Ruffert, *EUV/AEU, GRCH*, 2011 Art. 20, para 8.

<sup>21</sup> Die Unterscheidung von direkter und indirekter Diskriminierung ist ein Standardelement des internationalen Gleichbehandlungsrechts, vgl. Art. 1.1 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, Art. 1 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau. Im modernen Anti-Diskriminierungsrecht gibt es weitere rechtliche Kategorien, wie z. B. Belästigung, vgl. z. B. Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 2000/78/EG; Art. 2 c, d Richtlinie 2004/113/EC: die Anweisung zur Diskriminierung, vgl. z. B. Art. 2 Abs. 4 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 4 Richtlinie 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 4 Richtlinie 2004/113/EG.

<sup>22</sup> Zur Legaldefinition im Unionsrecht vgl. Art. 2 lit. a Richtlinie 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2000/43/EG. Vgl. auch zur Rechtsprechung etwa EGMR, 6. April 2000, *Thlimmenos v. Greece*, app. No. 34369/97, para 42.

<sup>23</sup> Der Begriff wird oft mit *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424, 431 (1971) verbunden, eine Entscheidung die sich auf „practices that are fair in form but discriminatory in operation“ bezieht. Zur Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH C-152/73 (*Sotigu*) Slg. 1974, 153 para 11, 12; EuGH C-15/69 (*Ugliola*), Slg. 1969, 363 para 6. Der Fall EuGH, C-20/71 (*Sabbatini*), Slg. 1972, 345 para 4/7 bezieht sich auf eine versteckte direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Vgl. zur Rezeption durch den EGMR, EGMR, 1. November 2007, D. H. v. CZE, app. no. 57325/00, para 195.

<sup>24</sup> Vgl. Art. 14 EMRK; Art. 21 EU-Grundrechtecharta.

<sup>25</sup> Vgl. dazu den *Belgian Linguistic Case*, EGMR, 23. Juli 1968, app. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64), 1 EHRR 252, Section IB, para 10. Zu einem Beispiel aus dem Unionsrecht, vgl. Art. 23 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta; Art. 5 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 7 Abs. 1 2000/78/EG; Art. 6 Richtlinie 2004/113/EG. Zum nationalen Verfassungsrecht vgl. z. B. Art. 3 Abs. 2 GG; Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV.

wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, wenn es keine objektiven Gründe gibt, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.<sup>26</sup> Geschlechtergerechtigkeit hat mit Problemen der zugeschriebenen Rasse und ethnischen Herkunft und – im EU Kontext – der Nationalität eines Mitgliedstaates eine zentrale Rolle bei der Entwicklung differenzierter Gleichheitsregime gespielt. Ein gutes Beispiel hierfür ist der Begriff der ‚positive action‘, der positiven Maßnahmen, der große Bedeutung in der Auseinandersetzung um die tatsächliche Gleichheit der Geschlechter besitzt.<sup>27</sup> Die rechtlichen Mittel des positiven Rechts, die dazu dienen, Gleichheit zu schützen, sind deshalb vielfältig und differenziert. Rechtsprechung und Dogmatik haben weitere Konkretisierungen des Inhaltes rechtlicher Gleichheit beigetragen, nicht zuletzt in Bezug auf die Gleichheit der Geschlechter. Was ist nun aber die Grundlage dieses differenzierten, vielschichtigen Rechts der Gleichheit und Nicht-Diskriminierung, welches ist ihr eigentlicher normativer Ausgangspunkt? Es gibt mehr als einen vielversprechenden Ansatz in dieser Hinsicht und viele Debatten werden geführt, die neue Einsichten bereithalten. Im modernen Menschenrechtsdiskurs gibt es allerdings einen wichtigen gedanklichen Ansatz, der die rechtfertigenden Gründe für menschliche Gleichheit aus dem Zweck des Schutzes menschlicher Würde<sup>28</sup> gewinnt.<sup>29</sup> Dies ist ein bedeutender und in manchen Hinsichten weitreichender Schritt, der es wert

<sup>26</sup> Vgl. z. B. zur Rechtsprechung des EuGH, C-147/79 (Hochstrass), Slg. 1980, I-3005, para 7; EuGH, C-1/72 (Frilli), Slg. 1972, 457, para 9; EuGH, C-117/76 und 16/77 (Ruckdeschel), para 7. Zur Rechtsprechung des EGMR, EGMR, 23. Juli 1968, Belgian Linguistic Case, app. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64), 1 EHRR 252, Section IB, para 10; EGMR, 6. April 2000, Thlimmenos v. Greece, app. No. 34 369/97, 6. April 2000, para 44: „The Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification (...). However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different“.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta. Als neueres Beispiel EGMR, 17. Februar 2011, Andriele v CZE, app. No. 6268/08 para 26 zur Möglichkeit der Ungleichbehandlung von Frauen zum Ausgleich von spezifischen Lasten.

<sup>28</sup> Vgl. z. B. South African Constitutional Court, President of the Republic of South Africa v Hugo (CCT 11/96 [1997] (4) SA 1 (CC), para 41; South African Constitutional Court, National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Other (CCT 11/98) [1998] ZACC 15; 1999 (1) SA 6; 1998 (12) BCLR 1517 (9 October 1998). Gerichte haben die Verletzung der Menschenwürde sogar zur Bedingung einer Gleichheitsverletzung gemacht, vgl. Supreme Court of Canada, Law v Canada [1999] 1 SCR 497 para 52 ff. Kritisch dagegen Supreme Court of Canada, R v Kapp, 2008 SCC 41, para 21.

<sup>29</sup> Würde kann die konkrete Anwendung von Anti-Diskriminierungsrecht anleiten, vgl. EuGH, C-303/06, Slg. 2008 I-5603 (Coleman), wo der Generalanwalt (GA) Würdeargumente verwandte, um den Schutzbereich von Diskriminierungsverboten zu erweitern: GA Poiares Maduro, 31. Januar 2008, C-303/06, para 12. Vgl. ähnlich GA Kokott, 30 September 2010, C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others, para 49. Der EuGH C-236/09 (Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others) hat diese Argumentation nicht ausdrücklich aufgenommen.

ist, näher erörtert zu werden, weil er zum Kern der Rechtfertigungsproblematik der Gleichheit führt.<sup>30</sup>

Gleichheit als Grundrecht ist ein normatives Prädikat, das den gleichen normativen Status von Menschen betrifft, den sie unabhängig von ihren vielen tatsächlichen Verschiedenheiten genießen. Die Idee der Gleichheit als normativer Begriff impliziert, dass Menschen unabhängig von grundlegenden Unterschieden gewisse Eigenschaften teilen, die ihr Menschsein konstituieren und die Gründe dafür liefern, sie berechtigterweise mit einem Anspruch auf gleichen Respekt ausgestattet anzusehen. Normative Gleichheit hängt von der Idee ab, dass jeder Mensch mit gleichem Wert versehen ist und deswegen in Anbetracht von grundlegenden Prinzipien der Gerechtigkeit gleich behandelt werden muss. Gleichheit und Nicht-Diskriminierungsrecht kann nicht begründet werden, wenn die Menschen, die durch dieses Recht in ihrem normativen Status geschützt werden sollen, nicht einen gleichen, intrinsischen und höchsten Wert genießen. Das aber ist genau die Idee, die der Begriff der Menschenwürde erfasst. Die menschliche Würde ist ein bekanntermaßen besonders schwieriger moralischer und rechtlicher Begriff. Grundlegende Debatten in Bezug auf ihren Inhalt und ihre Bedeutung werden geführt.<sup>31</sup> Es gibt viele Würdetheorien und die Fragen, die durch sie aufgeworfen werden, sind unabsehbar.<sup>32</sup> Viele betrachten die menschliche Würde als relativ und gebunden an bestimmte Kulturen und Religionen. Eine einflussreiche Strömung formuliert skeptische Argumente, die es bezweifeln, dass der Begriff der Würde tatsächlich normativ sinnvoll verwendet werden kann, weil er als unhintergebar vage, geladen mit Ideologien und abhängig von partikularistischen politischen Agenden angesehen wird.<sup>33</sup> Trotz dieser Argumente und ernsthaften und nicht leicht zu beantwortenden Zweifeln, scheint es einen Kerngehalt des Begriffs zu geben, der das Potenzial besitzt, universal gerechtfertigt werden zu können. Vielleicht nicht zuletzt deshalb ist er der explizite oder implizite Inhalt von wichtigen Konkretisierungen der Menschenwürde in verschiedenen Rechtsordnungen der Welt.<sup>34</sup> Dieser Kerngehalt formuliert die Idee, dass die Menschenwürde fordert, Menschen als *gleichgeschützte Zwecke letzter Ordnung* individueller und

<sup>30</sup> Vgl. S. Fredman, *Discrimination Law*, 2<sup>nd</sup> ed. 2011, S. 227 ff.

<sup>31</sup> Vgl. C. McCrudden, ‚Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights‘ (2008) 19 *European Journal of International Law*, 664; M. Mahlmann, *Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders*, in: M. Rosenfeld/S. Sajo (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, S. 370 ff.

<sup>32</sup> Vgl. im Überblick C. McCrudden *In Pursuit of Human Dignity: An Introduction to Current Debates*, in: C. McCrudden/J. Waldron, *Understanding Dignity* (2013), S. 1 ff.; M. Mahlmann, *The Good Sense of Dignity*, in: C. McCrudden/J. Waldron (Hrsg.), *Understanding Dignity* (2013), S. 593 ff.

<sup>33</sup> Vgl. C. McCrudden, ‚Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights‘ (2008) 19 *European Journal of International Law*, S. 664.

<sup>34</sup> Im Überblick M. Mahlmann, *Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders*, in: M. Rosenfeld/S. Sajo, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, S. 370 ff.

staatlicher Handlungen anzusehen, als intrinsisch wertvolle *Selbstzwecke*. Kein Mensch hat deswegen einen Anspruch auf mehr Achtung oder Anerkennung als irgendein anderer. Gedanken, die dies bestreiten – zum Beispiel Nietzsches Verteidigung des höheren Wertes des Lebens derjenigen wenigen, die die Samen von Kulturen sähten<sup>35</sup> – erfassen diesen Kerngehalt menschlicher Würde nicht.

Menschen als Selbstzwecke anzusehen, ist mehr als eine leere, abstrakte Formel mit verdächtigen kantianischen Untertönen. Die konkrete Bedeutung dieser Idee wird greifbar im Schutz der physischen und psychischen Integrität von Personen und in dem Verbot ihrer Instrumentalisierung, Verdinglichung und Objektivierung.<sup>36</sup> Diese Idee fordert den Schutz von Personen als Subjekte ihres Lebens und die Realisierung und Gewährleistung dieses Subjektstatus durch das Recht. Verletzungen dieser Prinzipien sind gleichzeitig Verletzungen der grundlegenden Gleichheit von Menschen. Diese Prinzipien sind von besonderer Bedeutung für Frauen. Patriarchale Gesellschaften etwa sind regelmäßig gekennzeichnet durch verschiedene Formen der Instrumentalisierung von Frauen im Zusammenhang mit häuslichen Rollen, bei der Kindererziehung oder in Intimverhältnissen, um nur einige Beispiele zu nennen. Gerade die sexuelle Instrumentalisierung und Verdinglichung von Frauen ist weiterhin eine Quelle von schweren Menschenrechtsverletzungen, etwa durch Menschenhandel.

Wenn man die Prämisse akzeptiert, wie es weithin geschieht, dass Gleichheit auf der gleichen Würde von Menschen beruht, hängt die Rechtfertigung von Gleichheit von der Rechtfertigung menschlicher Würde ab. Die menschliche Würde ist, wie bereits erwähnt wurde, ein hoch umstrittener Begriff, nicht zuletzt in Bezug auf ihre Genealogie und wird manchmal selektiv mit den normativen Traditionen der westlichen Kultur assoziiert, obwohl, wie sehr schnell deutlich wird, wenn man auf die Ideengeschichten und die realen kulturellen und politischen Praktiken der Menschheit blickt, in sehr unterschiedlichen kulturellen Zusammenhängen ein fruchtbarer Nährboden für diese Idee gefunden werden kann.<sup>37</sup> Aber diese Fragen der Genealogie sind im verfolgten Zusammenhang nicht entscheidend, weil genealogische Rekonstruktionen in jedem Fall eine Legitimationstheorie von grundlegenden Begriffen wie Gleichheit und Würde nicht ersetzen können.

Ein vielversprechender Anknüpfungspunkt, eine solche Rechtfertigungstheorie<sup>38</sup> der Würde zu bilden, ist die anthropologische Tatsache, dass das Leben einen intrinsischen Wert für jeden Menschen bildet. Für keinen Menschen ist das eigene Leben weniger wert als für einen anderen. Wenn man das grundlegende

<sup>35</sup> *F. Nietzsche*, Fünf Vorreden zu fünf ungeschriebenen Büchern 1872, in *F. Nietzsche*, Kritische Studienausgabe, Band I, 1999, S. 776.

<sup>36</sup> *M. Mahlmann*, Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders, in: *M. Rosenfeld/S. Sajo* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, S. 379.

<sup>37</sup> Mit einer detaillierten Rekonstruktion *M. Mahlmann*, *Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie* 2008, S. 97 ff.

<sup>38</sup> Ebd. S. 244 ff.



Prinzip der Gerechtigkeit, Gleiches gleich zu behandeln, anwendet, ist deshalb der Respekt für den gleichen Wertstatus jedes menschlichen Lebens ein universales Recht. Jeder Mensch ist gerechtfertigterweise ein letzter Zweck von Handeln, weil Menschen durch ihre faktische Suche nach Glückseligkeit ein Zweck für sich selbst sind und Universalisierung als Konsequenz von Gerechtigkeitsprinzipien der Gleichheit die Zuschreibung dieses Zweckstatus für alle Menschen fordert und ihn zum universellen Recht erhebt.

Außerdem teilen Menschen bestimmte existenzielle Eigenschaften, die für Würdezuschreibungen begründend sind, insbesondere die Fähigkeit der theoretischen und ästhetischen Aneignung der Welt, das emotional vielfältig belebte Selbst eines vergänglichen Wesens mit selbstreflexivem Bewusstsein und das Vermögen zur Selbstbestimmung unter moralischen Prinzipien, die Menschen dazu motivieren können, das Wohlergehen anderer für wichtiger zu halten als ihr eigenes, eine Fähigkeit der wohlwollenden Selbsttranszendenz, die das tägliche Brot von Sorge und Zuneigung ist. Diese Eigenschaften scheinen aus einer menschlichen Perspektive Gründe für die Zuschreibung von Würde zu bilden. Es ist nun keineswegs offensichtlich, dass irgendwelche der existenziellen Eigenschaften, die für die Zuschreibung von Würde von Bedeutung sind, nur bei einer bestimmten Gruppe von Menschen anzutreffen wären, etwa „Weißen“ oder Männern. Diese Art von Argumentationen ist heute weniger attraktiv als sie es in der Vergangenheit nicht selten war. Die normativen Prinzipien, die für diese Würdebegründung bedeutsam sind, nicht zuletzt die Prinzipien egalitärer Gerechtigkeit, sind zumindest auf dem Niveau einer Theorie der Legitimität nicht begrenzt auf eine Kultur oder Religion. Die Elemente, die Kulturen unterscheiden, betreffen Fragen, wer in welcher Hinsicht als Gleicher anzusehen sei und wer nicht und welche Konsequenzen aus der Gleichheit gezogen werden müssen, nicht aber diese Prinzipien selbst. Es gibt sogar interessante Versuche die epistemologischen Grundlagen dieser Aussagen in einer modernen Theorie des menschlichen Geistes zu verankern.<sup>39</sup> Überraschenderweise vielleicht für manche Perspektiven ist eine universalistische Theorie menschlicher Würde und mithin der Grundlagen menschlicher Gleichheit ein durchaus plausibles theoretisches Projekt.

Dies führt zu einer Antwort auf die Frage, die oben gestellt wurde: *Es gibt in der Tat auf dem grundlegenden Niveau einer Legitimationstheorie nur eine Gleichheit von Menschen, nämlich die Gleichheit, die auf ihrer Menschenwürde beruht.* Ansätze religiöser Art oder anderer Natur, die diese Art von grundlegender Gleichheit der Würde von Menschen bestreiten oder in irgendeiner Form zu qualifizieren trachten, entfalten deshalb keine theoretische Anziehungskraft. Diese Universalität der Gleichheit ist nun nicht nur eine gute Nachricht für

---

<sup>39</sup> Zur mentalistischen Epistemologie als Hintergrund *M. Mahlmann*, Rationalismus in der praktischen Theorie, 2. Aufl., 2009; *M. Mahlmann*, ‚Ethics, Law and the Challenge of Cognitive Science‘, German Law Journal, 577 (2007); *J. Mikhail*, Elements of Moral Cognition, 2011.

diejenigen, deren Gleichheit geschützt wird, wie etwa Frauen. Diese Art der Universalität der Gleichheit bedeutet auch eine gute Nachricht für Religionen, deren Gleichheitsbegriffe zur Debatte stehen. Eine Konsequenz dieser Position ist nämlich, dass es keine prinzipiellen rechtfertigenden Gründe dafür gibt, Ideen der Gleichheit zu akzeptieren, die zwischen verschiedenen Religionen unterscheiden, weil die Gläubigen, die diese Religionen bilden, *aufgrund ihrer Würde* gleichbehandelt werden müssen – das wird sogleich noch näher zu erläutern sein. Diese Konsequenz kann sehr wichtig für Religionen in Anbetracht der Beobachtung sein, die oben formuliert wurde, dass sich eine relativierte Gleichheit gerade für Minderheitenreligionen als schädlich erweisen kann, allerdings nicht nur für sie, da nicht-egalitäre Vorstellungen von religiöser Gleichheit auch Mehrheitsreligionen treffen können, zum Beispiel aus einer aggressiv antireligiösen Motivation heraus.

Was bedeutet das aber für einen religiösen Pluralismus? Sind diese Konsequenzen eines universalistischen Gleichheitsbegriffs – positiv wie sie in dieser Hinsicht für Religionen sein mögen – nicht dennoch ein zweischneidiges Schwert? Ist diese Art von Gleichheit nicht die Todesglocke der Religionsfreiheit, weil diese letztere doch zu implizieren scheint, dass partikuläre Interpretationen der Gleichheit, die von einem besonderen religiösen Ausgangspunkt her gewonnen werden, geschützt werden müssen? Das ist eine wichtige Frage. Die Antwort hängt allerdings nicht von der Abwehr einer universalistischen Gleichheitskonzeption ab, sondern von einem überzeugenden Verständnis dessen, was Religionsfreiheit fordert. Wenn letzterer genügend Gewicht eingeräumt wird, resultiert *ein liberaler Pluralismus von Gleichheitskonzeptionen*, der sich allerdings innerhalb der Grenzen *einer universalen Gleichheit der Würde von Menschen* entfalten muss. Diese These verständlich zu machen, soll nunmehr versucht werden.

#### IV. Der Zweck der Religionsfreiheit

Die Religionsfreiheit gehört zu den Rechten, für die in der Geschichte ein besonders hoher Preis gezahlt wurde. Wie schon angedeutet wurde, ist nicht zu erwarten, dass sie ihre Wichtigkeit aufgrund eines andauernden Säkularisierungsprozesses in modernen Gesellschaften verlieren wird. Im Gegenteil – in Anbetracht der wiederbelebten, politisierten Religionen wird Religionsfreiheit sogar an Bedeutung gewinnen. Wenn man bestimmen will, welche Art von Schlussfolgerungen aus einem universalistischen Gleichheitsbegriff, der auf menschlicher Würde beruht, in Bezug auf die rechtliche Zulässigkeit von Praktiken verschiedener Religionen gezogen werden kann, muss man die Frage beantworten, in welchem Verhältnis die beiden betroffenen Grundrechte eigentlich zueinander stehen, das heißt, welches Gewicht Gleichheit und Religionsfreiheit im Verhältnis zueinander besitzen. Welches überwiegt unter welchen Umständen das andere in grundrechtlichen Abwägungen der betroffenen Rechtspositionen? Kann die Religionsfreiheit die ungleiche Behandlung von Personen überhaupt rechtfertigen, insbesondere

eine Ungleichheit, die sich auf das Geschlecht bezieht? Wenn ja – in welchen Fällen?

Wie in anderen grundrechtlichen Zusammenhängen gibt es keine einfache Entweder-oder-Lösung zu möglichen Konflikten von Gleichheit und Religionsfreiheit, sondern nur differenzierte Antworten, die nach den konkreten, betroffenen Schutzgütern unterscheiden.<sup>40</sup> Wenn man das Gewicht der Religionsfreiheit im Verhältnis zur möglicherweise konkurrierenden Gleichheit richtig bestimmen will, muss man die normativen Grundlagen beider Rechte bedenken. Die Grundlagen der Gleichheit wurden bereits angedeutet, das Gleiche muss auch für Religionsfreiheit als Grundrecht von Verfassungen und internationalem Recht versucht werden. Das ist der erste Schritt der folgenden Überlegungen, die anstreben, ein Gleichheitsregime zu skizzieren, das die Glaubensfreiheit respektiert.

## V. Theoretische Begründung der Religionsfreiheit

Aus historischer Perspektive gibt es verschiedene grundlegende Argumente für die Religionsfreiheit. Die vielleicht einflussreichsten sind die folgenden acht Argumente:<sup>41</sup> Erstens wird die Religionsfreiheit durch den Respekt vor exemplarischen Kulturen der Vergangenheit oder Gegenwart begründet. Zweitens wird sie aus den Geboten religiöser Tugenden gewonnen.<sup>42</sup> Ein drittes Argument beruht auf der Trennung von Staat und Religion.<sup>43</sup> Ein vierter Ansatzpunkt argumentiert mit religionsepistemologischen Überlegungen, die darlegen, dass keine Religion einen größeren Anspruch auf Richtigkeit und Gewissheit ihrer Glaubensgehalte erheben kann als irgendeine andere.<sup>44</sup> Das fünfte Argument bezieht sich auf die Bedeutung des individuellen Gewissens.<sup>45</sup> Das sechste auf die Unmöglichkeit, den Glauben durch Gewalt oder Gewaltandrohung zu ändern.<sup>46</sup> Das siebte richtet

<sup>40</sup> Dies wird nicht selten vermerkt. *F. Raday*, Culture, religion and gender, I.Con 2003, 663, 710 vertritt eine normative Höherrangigkeit der Gleichheit, kommt aber zu differenzierten Lösungen im Einzelfall, etwa im Hinblick auf Kopftücher, ebd. S. 708 f.; ähnlich *A. McColgan*, Class wars? Religion and (In)equality in the Workplace, *Industrial Law Journal* 2009, 1, 5 ff.

<sup>41</sup> Im Überblick vgl. *M. Mahlmann*, Freedom and Faith – Foundations of Freedom of Religion, 30 *Cardozo Law Review* 2009, 2773. Zu näheren Rekonstruktionen, *R. Forst*, Toleranz im Konflikt, 2003.

<sup>42</sup> Vgl. zu beiden Argumenten *Voltaire*, *Traité sur la tolérance à l'occasion de la mort de Jean Calas*, in: *Les œuvres complètes de Voltaire* Vol. 56c, S. 159 ff., 219 (2000).

<sup>43</sup> Vgl. z. B. *J. Locke*, A Letter Concerning Toleration (1689), 1983.

<sup>44</sup> Vgl. *M. Mendelssohn*, Jerusalem oder über religiöse Macht und Judentum, in: *M. Thom* (Hrsg.), *Schriften über Religion und Aufklärung*, 1989, S. 386 f.

<sup>45</sup> Vgl. z. B. *J. Locke*, A Letter Concerning Toleration, 1983.

<sup>46</sup> Vgl. die klassische Formulierung von *Augustinus*, *Joannis Evangelium*, in *Patriologiae cursus completus, series Latina, tomus XXXV*, 1379, 1607: „intrare quisquam ecclesiam potest nolens, accedere ad altare potest nolens, accipere Sacramentum potest nolens: credere non potest nisi volens.“

die Aufmerksamkeit auf die Opfer der Intoleranz.<sup>47</sup> Ein letztes einflussreiches Argument weist auf den gemeinsamen Grund hin, nicht zuletzt in ethischer Hinsicht, auf dem sich Religion bewegen und der eine Perspektive des gegenseitigen Verständnisses bilden kann.<sup>48</sup>

Diese Arten der Begründung der Religionsfreiheit haben unterschiedliche Überzeugungskraft. Das Problem der Argumente, die mit beispielhaften Kulturen oder religiösen Tugenden operieren, besteht darin, dass sie nicht über religiöse und kulturelle Grenzen hinweg universalisiert werden können, was ein zentrales Kriterium für eine Theorie der Glaubensfreiheit bildet, die in einer pluralistischen Welt und damit auch gerade jenseits von partikularen religiösen Glaubensüberzeugungen plausibel gemacht werden muss. Das Argument, das sich auf die Trennung von Staat und Religion bezieht, impliziert, dass diese Trennung gerechtfertigt ist, was unmöglich erscheint, ohne die Religionsfreiheit vorauszusetzen, die durch diese Trennung deshalb nicht selbst begründet werden kann. Das vierte Argument hat große Anziehungskraft, weil es in der Tat schwer zu begründen ist, dass irgendeine Religion ein epistemologisches Privileg im Verhältnis zu anderen Glaubenssystemen besitzt. Das Argument, das mit dem Respekt vor dem menschlichen Gewissen operiert, der Hinweis auf die Unmöglichkeit den eigenen Glauben aufgrund Gewalt oder Gewaltandrohung zu ändern und die Erinnerung an die Opfer der Intoleranz, führen zu einem grundlegenden Prinzip, das tatsächlich entscheidend für eine Legitimationstheorie der Glaubensfreiheit ist, nämlich zum Respekt vor der individuellen menschlichen Person unabhängig von ihrer Glaubensüberzeugung. Nur wenn man annimmt, dass dieser Respekt verpflichtend ist, gibt es einen Grund, das individuelle Gewissen zu schützen, die gewaltsame Beeinflussung des Glaubens zu unterlassen, selbst wenn es möglich wäre, und die Opfer der Intoleranz zu bedauern. Wenn Letztere von wenig Bedeutung im Verhältnis etwa zur Verbreitung einer bestimmten Glaubensüberzeugung an sich sind, werden sie in normativer Hinsicht in Abwägungen widerstreitender Ziele nur von geringem Gewicht bleiben.<sup>49</sup> Der Hinweis auf eine gemeinsame Basis der Religionen beruht auf einer wichtigen Beobachtung. Es gibt in der Tat trotz vieler Unterschiede einen gemeinsamen Bereich ethischer Orientierung in verschiedenen Glaubenslehren und – vielleicht noch wichtiger – ihrer Praxis, der eine Grundlage für den inter- und innerreligiösen Dialog bildet.

Wenn diese Art von Einschätzung in die richtige Richtung weist, dann gibt es drei zentrale Gründe für die axiologische Grundlegung der Religionsfreiheit in der Ethik, der normativen politischen Theorie und im Recht. Erstens die epistemologische Bescheidenheit der Gläubigen und Nichtgläubigen, die davon absehen, anzunehmen, dass ihre persönliche Sichtweise die einzige sei, die einen

<sup>47</sup> Vgl. *Voltaire*, *Traité sur la tolérance à l'occasion de la mort de Jean Calas*, in: *Les œuvres complètes de Voltaire*, Vol. 56c, S. 159ff., 2000.

<sup>48</sup> Vgl. die Ringparabel in *G. Lessing*, *Nathan der Weise*.

<sup>49</sup> Vgl. dazu die Person des Großinquisitors, *F. Schiller*, *Don Carlos*, Zehnter Auftritt.

Legitimitätsanspruch erheben kann. Zweitens, die gemeinsamen Überzeugungen, die Religionen teilen, vor allem in Bezug auf moralische Inhalte der Gerechtigkeit und der Fürsorge für andere. Drittens – und am wichtigsten – kann religiöse Freiheit durch den Respekt vor Individuen und ihren existenziellen Anliegen gerechtfertigt werden, die nicht zuletzt in religiöser Weise ausgedrückt werden, was immer man von den Inhalten dieser religiösen Systeme halten mag.<sup>50</sup>

Keines dieser Argumente ist dabei in seiner Gültigkeit in einer irgendwie ersichtlichen Weise theoretisch abhängig von einer spezifischen, kulturell bedingten Sichtweise oder einer religiösen Tradition. Die Schlussfolgerung, die man aus dieser Einschätzung gewinnen kann, ist von grosser Bedeutung für die Problematik, die hier zur Debatte steht. Diese Überlegungen zeigen nämlich, dass die möglicherweise widersprechenden Ansprüche, die aus der Religionsfreiheit erwachsen, im Grundsatz nicht weniger gewichtig sind als diejenigen Ansprüche, die ihre Grundlage in der Gleichheit finden, weil sie selbst genauso wie diejenigen der Gleichheit aus dem Respekt für den intrinsischen Wert von Individuen gewonnen werden. Das ist ein wichtiges Zwischenergebnis. Man kann die Problematik der zur Debatte stehenden Frage nämlich unterschätzen, wenn man annimmt, dass das Gewicht der Religionsfreiheit allein vom Wert der Religion als solcher abgeleitet wird. Wenn jemand, etwa aus einer nichtreligiösen oder aus einer anderen religiösen Perspektive, vom Wert einer spezifischen Glaubensüberzeugung nicht überzeugt ist, wird er vielleicht zurückhaltend sein, dem Schutz der Religionsfreiheit zu großes Gewicht zuzumessen, wenn allein der Respekt vor dieser Glaubensüberzeugung an sich, nicht aber der Respekt vor den Gläubigen, die sie gebildet haben, die Wurzel der Legitimation und Bedeutung der Glaubensfreiheit formen. Wenn im Gegenteil deutlich ist, dass die Religionsfreiheit im Kern in der Achtung vor den Gläubigen, nicht in der Achtung vor dem Geglaubten wurzelt, ist die Ausgangslage ganz anders. Was immer man von einer konkreten Religion halten mag, ob man sie für eine wohl-tätige Kraft der menschlichen Kultur hält oder sie im Gegenteil als eine schädliche ansieht, ist gleichgültig für die Frage der Gewichtung der Religionsfreiheit, weil ihr Gewicht nicht vom Wert der Religion abhängt, sondern vom Respekt, den man den Gläubigen schuldig ist, weil der Ausdruck ihrer Persönlichkeit in religiöser Form erfolgen kann. Diese Grundlegung der Religionsfreiheit ist individualistisch. Dies führt dazu, dass die Probleme einer möglichen Abwägung von Freiheit und Gleichheit an Schärfe gewinnen. Was für Schlussfolgerungen man für konkrete Problemkonstellationen ziehen kann, kann aber erst sinnvoll erörtert werden, wenn dargestellt wurde, welcher Begriff der Freiheit hier eigentlich zur Debatte steht.

---

<sup>50</sup> Das Recht auf universelle und reziproke Rechtfertigung, wie es von *R. Forst*, *Toleranz im Konflikt*, 2003, mobilisiert wird, kann nicht als letzte Basis der Religionsfreiheit dienen: Dieses Recht ist selbst aus der Menschenwürde abgeleitet, vgl. *M. Mahmann*, *Freedom and Faith – Foundations of Freedom of Religion*, 30 *Cardozo Law Review* 2009, 2773, 2490 ff.

## VI. Bedingungen religiöser Freiheit

Traditionelle Debatten, die um den Begriff der Freiheit kreisen, betreffen den Wert dessen, was man in gewissen Zusammenhängen negative Freiheit nennt. Negative Freiheit kann man als Abwesenheit von Hindernissen definieren, die Handlungen entgegenstehen, die aus autonomen Entscheidungen von Personen erwachsen.<sup>51</sup> Diese Freiheit wird nicht von vornherein an bestimmte inhaltliche Verhaltensmaßstäbe gebunden, etwa die der Moralität. Die negative Freiheit ist *prima facie* die Freiheit so zu handeln, wie es dem Individuum gefällt, ohne Rücksicht auf andere materielle Standards wie etwa der Ethik. Diese Art von Freiheit ist nicht grenzenlos. Klassische liberale Begriffe der Freiheit ziehen Grenzen, etwa, indem sie das sog. *harm principle*, das Schadensprinzip John Stuart Mills, anwenden. Nach diesem kann die Begrenzung der Freiheit dann gerechtfertigt werden, wenn sie konkreten, identifizierbaren Schaden von anderen abwendet.<sup>52</sup> Dieses Prinzip ist alles andere als unproblematisch, indiziert aber einen weithin akzeptierten Maßstab für die Universalisierungsfähigkeit negativer Freiheiten. Universalisierungsfähigkeit ist aber eine Bedingung legitimen, moralischen und rechtlichen Freiheitsgebrauchs in der Moderne.<sup>53</sup> Eine solche nicht inhaltsbezogene Idee der Freiheit, um den möglicherweise irreführenden Begriff der negativen Freiheit zu vermeiden, mag unattraktiv erscheinen. Man mag diesen Begriff mit einem unsozialen Egoismus assoziieren, einer unbegrenzten Freiheit der Starken. Aber das ist ein falscher Eindruck, nicht zuletzt wenn die Grenzen dieser Freiheit ernst genommen werden, weil diese Grenzen den Freiheitsgebrauch im Bereich des universal Gerechtfertigten belassen. Eine nicht inhaltsbezogene Idee der Freiheit hat verschiedene normative Konsequenzen, die für diesen Begriff sprechen. Um ein Beispiel zu nennen: Die Meinungsfreiheit wird gemeinhin – um die Worte des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu benutzen – so verstanden, dass sie auch die Möglichkeit umfasst, sich in anstößiger Weise auszudrücken, in einer Weise, die beleidigen, schockieren und verstören kann (*offend, shock and disturb*).<sup>54</sup>

Der Gerichtshof bezog sich dabei richtigerweise auf die Bedürfnisse der Demokratie und die Art von Offenheit, die für eine demokratische Ordnung, die ihren Namen verdient, von zentraler Bedeutung ist.<sup>55</sup> Diese offene Konzeption

<sup>51</sup> J. Berlin, *Two Concepts of Liberty* in: ebd., *Liberty*, 2002, S. 169.

<sup>52</sup> Vgl. J. S. Mill, *On Liberty* in: ebd., *On Liberty and Other Essays*, 1991, S. 14.

<sup>53</sup> Vgl. z. B. I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademie Ausgabe Bd. IV, S. 421 ff.; J. Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition 1971, S. 60; J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 138 ff.

<sup>54</sup> EGMR, 7. Dezember 1976, Handyside, app. no. 5493/72, para 49.

<sup>55</sup> Ebd.: Die Meinungsäußerungsfreiheit, Art. 10, „is applicable not only to ‚information‘ or ‚ideas‘ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‚democratic society‘“.

der Freiheit ist ein weiterer Tribut des Rechts an den Respekt vor Individuen. Der konkrete Gebrauch der Freiheit kann keinerlei Anziehungskraft besitzen. Er mag aus keiner Perspektive gerechtfertigt erscheinen und dumm oder abstoßend sein – es gibt dennoch keinen Grund, ihn nicht zu erlauben, wenn die Grenzen möglicher Freiheit nicht deshalb überschritten werden, weil der Gebrauch die Freiheit oder andere Rechte anderer in einer unakzeptablen Weise berührt. Dies gilt nicht, weil es irgendeine Neigung gibt, das nicht Gerechtfertigte, Dumme oder Abstoßende für etwas anderes zu halten als das, was es ist, sondern weil man akzeptieren muss, dass das Nichtgerechtfertigte, das Dumme oder Abstoßende eine Ausdrucksform menschlicher Personalität sein kann, mit der man zu leben hat, wenn man diese menschliche Personalität tatsächlich respektieren will. Woraus immer Menschen gemacht sein mögen, sie sind jedenfalls keine vollständig vernünftigen Wesen mit lediglich wohlwollenden und gerechten Handlungsabsichten. Im Gegenteil, Menschen unterhalten häufig seltsame Ideen zur Struktur der Welt, überraschende Vorstellungen des Richtigen und Guten, und zum Teil selbstzerstörerische Konzeptionen dessen, was menschliche Entfaltung bedeuten könnte. In einer solchen Welt ist eine Freiheit ohne ursprüngliche Kontrolle ihres inhaltlichen Gebrauchs ein Ausdruck der existenziellen Geduld der Menschheit mit ihrer eigenen Schwächen. Ein anderer Begriff der Freiheit, der von vornherein nur bestimmte Freiheitsgebräuche zulässt, mag für ein anderes Wesen als Menschen vorstellbar sein, nicht aber für diese Wesen mit ihren Irrtümern und verwirrenden Leidenschaften. Für die menschliche Welt ist eine großzügigere Vorstellung von Freiheit überzeugender, die Raum bietet, die verschiedenen menschlichen Schwächen und Verwirrungen auszuleben. Das mag enttäuschend aus dem Blickwinkel einer ehrgeizigeren Idee rechtlicher Ordnung erscheinen, die anstrebt, dass ihre rechtlichen Regelungen sich einer perfekten moralischen Welt annähern könnten. Für eine Vorstellung von Recht, die einen Sinn für die zwiespältigen Realitäten menschlichen Lebens hat, ist diese Freiheitsidee ohne Alternative.

Diese Überlegungen sind im Grundsatz für jede Art von Freiheit relevant. Sie können gerade für die Religionsfreiheit von besonderer Bedeutung sein, weil das, was dem einen Gläubigen als offensichtlich, selbstverständlich oder sogar heilig erscheint, auf einen Gläubigen einer anderen Religionsrichtung seltsam, überraschend und unverständlich wirken kann. Religionsfreiheit muss deshalb als eine solche *prima facie* nicht auf den Inhalt des Freiheitsgebrauchs bezogene Freiheit verstanden werden, die auch die Möglichkeit umfasst, innerhalb von religiösen Glaubenssystemen zu leben und ein entsprechendes Verhalten zu zeigen, welches ebenfalls schockieren, beleidigen oder verstören kann. Dies ist eine Konsequenz des nötigen Respekts vor Individuen, der wie ausgeführt wurde, die legitimations-theoretische Wurzel der Religionsfreiheit bildet, und eines hinlänglich nüchternen Begriffes dessen, was menschliches Leben ausmacht.

Als Nebenprodukt kann eine solche vom Inhalt unabhängige Idee der Freiheit vorteilhafte Wirkungen für die Gleichheit einer Gesellschaft insgesamt haben,

weil sie Neuinterpretationen von Religionen ermöglichen kann, die egalitären Fortschritt bewirken.<sup>56</sup>

Diese Glaubenssysteme, die schockieren, beleidigen oder verstören mögen, können verschiedene Dinge berühren. Eine Sphäre des Lebens, die einen offensichtlichen Kandidaten für solche Glaubensinhalte und Praktiken bildet, ist die Behandlung von anderen Menschen unter Gleichheitsprinzipien. Religionen bieten häufig umfassende ethische Perspektiven auf das Leben mit detaillierten Anweisungen, wie ein religiös angemessenes Leben zu leben sei. Dazu gehören auch Gegenstände, die von großer Bedeutung für modernes Gleichheits- und Nicht-Diskriminierungsrecht sind. Sind die Mitglieder einer Religion durch eine Staats- und Verfassungsordnung so zu behandeln wie die Mitglieder einer anderen Religion etwa in Bezug auf politische Rechte, Ehe oder Erbschaftsangelegenheiten? Was gilt für die Arbeitsverhältnisse? Kann eine Religion die Anstellung eines Bewerbers aufgrund der religiösen Zugehörigkeit des Bewerbers versagen?<sup>57</sup> Sind, um ein weiteres politisch umstrittenes Beispiel zu nennen, homosexuelle Partnerschaften genauso rechtlich anerkennungswürdig wie heterosexuelle? Was gilt für die Verantwortung bei der Kindererziehung, der Stiefkindadoption oder der Adoption im Allgemeinen? Kann eine ungleiche Behandlung aufgrund religiöser Ethiken, die die Grundlage einer spezifischen religiösen Gemeinschaft bilden mögen, im Recht gerechtfertigt werden? Fordert die Gleichheit der Bürger, dass eine Standesbeamtin gleichgeschlechtliche Partnerschaften genauso behandelt wie andere Partnerschaften, obwohl dies gegen ihren religiösen Glauben verstößt?<sup>58</sup> Was sagt das europäische Menschenrechtssystem zu diesen Fällen?<sup>59</sup> Ist das Verhalten eines Beraters, der nicht bereit ist, gleichgeschlechtliche Partnerschaft in einer Sexual- und Partnerschaftstherapie genauso zu behandeln wie heterosexuelle Partnerschaften, durch die Religionsfreiheit gerechtfertigt?<sup>60</sup> Sind die Belastungen, die die verschiedenen Seiten in solchen Fällen treffen, in gleicher Weise zu gewichten oder wiegt ein Interesse in diesen Konstellation schwerer?<sup>61</sup>

Ein weiterer Bereich, der traditionell von großer Bedeutung ist, betrifft die Geschlechtergleichheit. Religionen beinhalten traditionell verschiedene Gebote in dieser Hinsicht, über lange Zeit vor allem geprägt durch nicht-egalitäre Gebote

<sup>56</sup> Vgl. *H. Bielefeld*, Religionsfreiheit und Gleichberechtigung der Geschlechter: Plädoyer für ein ganzheitliches Menschenrechtsverständnis, Beitrag zur Konferenz: Freedom of Religion, Heidelberg, 3.–5. May 2012.

<sup>57</sup> Vgl. den deutschen Diakonie-Fall, BAG, Urt. v. 19. August 2010, 8 AZR 466/09, nach widerstreitenden Entscheidungen der Instanzgerichte, ArbG Hamburg, 20 Ca 105/07; LAG Hamburg, Urt. v. 29. Oktober 2008, 3 Sa 15/08.

<sup>58</sup> Vgl. *Lillian Ladelle v London Borough of Islington* [2009] EWCA Civ 1357 – 15th December 2009.

<sup>59</sup> Vgl. EGMR, 15. Januar 2013, app. nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, *Eweida and others v. UK*.

<sup>60</sup> Ebd.

<sup>61</sup> Vgl. *A. Lester*, Extending the equality duty to religion, conscience and belief: Proceed with caution, *E.H.R.L.R.* 2008, S. 567, 569.



zulasten von Frauen. Wenn das vorher skizzierte Argument einer großzügigen Konzeption von Freiheit in die richtige Richtung weist, dann kann es grundsätzlich der Fall sein, dass derartige nicht-egalitäre Vorstellungen durch die Religionsfreiheit geschützt werden. Die Grenzen dieser Freiheit können aus den vertrauten Quellen der Grundrechtsdoktrin gewonnen werden, nicht zuletzt der Freiheit anderer.<sup>62</sup> Diese Freiheit zur Ungleichbehandlung aus religiöser Motivation kann deswegen nicht jeden nicht-egalitären Inhalt beinhalten, sondern nur bestimmte qualifizierte Positionen. Eine religiöse Praxis, die etwa das gleiche Recht auf körperliche Integrität bestimmten Personen mit bestimmten Eigenschaften versagen würde, etwa der zugeschriebenen Rasse oder des Geschlechts, wie etwa im Fall von Genitalverstümmelungen von Mädchen, wäre offensichtlich auch im Rahmen der großzügigsten Idee von Freiheit, die man sich vorstellen kann, unzulässig. Aber diese Fälle sind nicht diejenigen, die die wirklichen Herausforderungen bilden, weil ihre Lösung offensichtlich ist. Die wirklichen Herausforderungen liegen bei jenen, die weniger klar sind und die sogleich zu erörtern sein werden.

Diese Überlegungen führen zu einer weiteren wichtigen Einsicht: Es gibt einen praktischen Konflikt von Gleichheitsbegriffen. Wenn die Argumente, die zum Universalismus der Gleichheit hier entwickelt wurden, zutreffen, ist dieser Konflikt jedoch keiner, der mit theoretischer Notwendigkeit erwächst, weil er aus den unüberwindbar pluralistischen Grundlagen der Gleichheit seine Begründung zieht, die zwangsläufig zu unterschiedlichen und gleichermaßen gültigen und am Ende kollidierenden Vorstellungen, was Gleichheit meint, führen. Dieser Konflikt ist nicht das Produkt eines axiologischen Relativismus. Im Gegenteil, die plausibelste Theorie von Gleichheit und Religionsfreiheit ist eine, die universalistisch ist. Der Konflikt ist deswegen einer, der sich aus anderen Quellen speist, nämlich aus dem Schutzbereich einer prima facie inhaltsneutral konzipierten Religionsfreiheit, die den Raum schafft, unterschiedliche, konfligierende Gleichheitsbegriffe zu bilden und entsprechend auch handeln zu dürfen, ohne zu implizieren, dass diese Gleichheitsbegriffe legitimations-theoretisch gleich plausibel wären.

Die vorstehenden Bemerkungen haben damit Verschiedenes erreicht: Die Bedeutung und Grundlage von Gleichheit wurden geklärt. Das axiologische Gewicht von Gleichheit und Freiheit wurde bestimmt. Die Konzeption der Freiheit, die den überzeugendsten Rahmen bildet, um die Ansprüche, die aus der Religionsfreiheit legitimerweise erwachsen, zu bestimmen, wurde skizziert. Schließlich wurde der Kern des Problems der häufig wahrgenommenen Konflikte zwischen religiösem Pluralismus und Gleichheitsbegriffen identifiziert. Nach diesen Schritten können konkrete Konsequenzen für die Auflösung des Spannungsverhältnisses von Gleichheit und Religionsfreiheit für einige paradigmatisch-praktische Konstellationen gezogen werden.

---

<sup>62</sup> Dieser normative Standard macht die Furcht grundlos, dass Ausnahmen vom Antidiskriminierungsrecht aus religiösen Gründen frauenfeindlichen, homophoben oder rassistischen Vorstellungen die Tür öffnen könnten, wie z. B. bei *A. McColgan, Class wars? Religion and (In)equality in the Workplace*, *Industrial Law Journal* 2009, 1, 5 ff. angedeutet.

## VII. Gleichheitsbezogener Pluralismus: Einige Umrisse

Die Aufgabe, die sich mithin ergeben hat, besteht darin, einen rechtlichen Rahmen für einen inhaltsreichen religiösen Pluralismus zu konkretisieren, in dem Menschen sein können, was sie in autonomer Selbstbestimmung zu sein begehren, selbst wenn ihr Autonomiegebrauch gerechtfertigte egalitäre Ideen der Gegenwart herausfordern, ohne dabei jedoch zentrale Elemente rechtlicher Gleichheit zu einer bloßen ornamentalen Fassade zu degradieren.<sup>63</sup> Die Aufgabe liegt mit anderen Worten darin, einen religiösen Pluralismus zu skizzieren, der begrenzt und bezogen auf eine universale Idee der Gleichheit bleibt. Die schwierige Frage ist, wie man die verschiedenen konkurrierenden Ansprüche in konkreten Fällen abwägen sollte. Verschiedene Maßstäbe können helfen, akzeptable Lösungen zu finden. Dazu einige Beispiele.

### 1. Rechtsgutsbezogene Abwägungsmaßstäbe

Offensichtlich ist es zunächst einmal wichtig, die Rechtsgüter, die zur Debatte stehen, zur Maßstabbildung heranzuziehen. Verletzungen der psychischen oder physischen Integrität der Person, wie bereits angedeutet, können – von sehr spezifischen Sonderfällen wie der Beschneidung von Jungen – niemals auf der Grundlage von religiöser Freiheit gerechtfertigt werden.<sup>64</sup> Die Rechte, die auf physische und psychische Integrität gerichtet sind, wiegen immer schwerer als die Interessen, bestimmten religiösen Geboten in dieser Hinsicht zu folgen. In Anbetracht der verschiedenen Verletzungen derartiger Rechte gerade von Frauen und Mädchen unter dem Schutzmantel von religiösen Überzeugungen ist das nicht nur eine theoretische Frage, zumindest in internationaler Perspektive. Andere Rechtsgüter ziehen ebenfalls klare Grenzen. Man kann etwa das Beispiel persönlicher Entwicklung heranziehen. Es gibt keinen Grund, der es rechtfertigen würde, Mädchen aus religiösen Gründen wesentliche Möglichkeiten der Bildung vorzuenthalten, was auch die körperliche Ausbildung umfasst.<sup>65</sup> Es gibt zwingende Gründe, Möglichkeiten individueller, besonderer Lösungen für solche Probleme zu finden, je nachdem, um was es geht und welche Möglichkeiten in dem konkreten Fall existieren.<sup>66</sup> Wenn es etwa eine besondere Form von Schwimmanzug muslimischen Mädchen erlaubt, am Schwimm-

<sup>63</sup> Das ist ein klassisches Problem des Verfassungsrechts, wie etwa die Rechtsprechung des US Supreme Court zu Ausnahmen von allgemeinen Gesetzen aus religiösen Gründen illustriert, *Sherbert v Verner* 374 U. S. 398 (1963); *Wisconsin v Yoder* 406 U. S. 205 (1972) und zur Ablehnung einer solchen Ausnahmemöglichkeit *Division v Smith* 494 U. S. 872 (1990).

<sup>64</sup> Es wird gefragt, ob der Schutzbereich solche Handlungen überhaupt erfasst, vgl. z. B. *J. Kokott*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 4 Rn. 74.

<sup>65</sup> Vgl. zum Beispiel die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu diesem Problemkreis BGE 119 Ia 178 E. 4c 185 und BGE 135 I 79, E. 7; vgl. auch oben Fn. 62.

<sup>66</sup> Dazu z. B. *K. Henrard*, Duties of reasonable accommodation in relation of religion and the European Court of Human Rights, *Erasmus Law Review* 59 (2012).

unterricht teilzunehmen, ist dies offensichtlich eine gute Lösung, um die Gebote der Gleichbehandlung von Mädchen und Jungen und religiöse Vorschriften in einen Ausgleich zu bringen.<sup>67</sup>

Eine schwierige Frage, die nicht nur das Problem von Gleichheit und Religion betrifft, bezieht sich auf religiöse Symbole insbesondere in Form von religiös konnotierten Kleidungsstücken. Andere normative Positionen als vor allem grundrechtlich vermittelte Gleichheitsansprüche sind in diesen Fällen ebenfalls betroffen, die man sorgfältig abwägen muss, um eine überzeugende Lösung der Problematik zu finden. Dazu gehört etwa die negative Freiheit, durch religiöse Bekundungen nicht Indoktrination ausgesetzt zu sein, für Private in ihren allgemeinen sozialen Kontakten von ersichtlich geringerem Gewicht als in anderem institutionellem Rahmen, in der Schule etwa, wenn ein Lehrer ein solches Symbol trägt. Auch die Neutralität des Staates ist ein wichtiger Gegenstand in diesen Überlegungen, wenn öffentliche Angestellte oder Beamte betroffen sind.<sup>68</sup> Die Liste dieser normativen Positionen kann verlängert werden, je nach dem welcher Lebensbereich berührt wird – die Schule, der Gerichtssaal, die öffentliche Verwaltung, die Privatsphäre – oder welche Akteure zu berücksichtigen sind – Lehrer, Richter, Beamte, Privatpersonen und so weiter. Für den verfolgten Zusammenhang ist die Rolle von Gleichheitsüberlegungen bei der Würdigung solcher Fälle von Bedeutung. Die Berücksichtigung von Gleichheitsgedanken kann in verschiedener Form erfolgen. Eine mögliche ist die wahrgenommene nicht-egalitäre Bedeutung von gewissen religiösen Symbolen, die als Ausdruck des persönlichen Glaubens getragen werden, etwa Kopftücher, Turbane, das Habit von Mönchen oder Nonnen, oder Kippahs. In gleicher Weise können auch andere Formen von religiösen Glaubensbekundungen betroffen werden, etwa religiöse Architektur durch deren zugeschriebenen Bedeutungsgehalt im Fall von Minaretten.<sup>69</sup>

Die Bedeutung derartiger religiöser Symbole ist häufig unklar, relativ zum Kontext und nicht zuletzt abhängig vom Verhalten von Personen oder Gruppen, die in letzter Instanz die Bedeutung derartiger Symbolik definieren.<sup>70</sup> Die Botschaft des Kopftuchs von Tawakkol Karman, die den Friedensnobelpreis für

<sup>67</sup> Vgl. z. B. BVerwG, Az. 6 C 25.12, Urt. v. 11.9.2013.

<sup>68</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 108, 282 und U. Mager, in I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG, Art. 4, Rn. 25; *M. Mahlmann*, Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court's Decision in the Headscarf Case, German Law Journal 2003, 1099.

<sup>69</sup> Vgl. Art. 72 Abs. 3 BV, der den Bau von Minaretten untersagt.

<sup>70</sup> Zur Kontextbezogenheit von Bedeutungsgehalten von symbolisch geladenen Kleidungsstücken, EGMR, 8. Juli 2008, app. no. 33629/06 *Vajnai v. Hungary*, para 53: „In this connection the Court emphasises that it is only by a careful examination of the context in which the offending words appear that one can draw a meaningful distinction between shocking and offensive language which is protected by Article 10 and that which forfeits its right to tolerance in a democratic society.“ Diese Überlegungen wurden auf den konkreten Fall angewandt, das Tragen eines roten Sterns.

ihren Kampf für die Geschlechtergleichheit<sup>71</sup> gewonnen hat, ist offensichtlich keine, die unvereinbar mit Geschlechtergerechtigkeit wäre. Dass ein Minarett ein Symbol der beabsichtigten Dominierung Andersgläubiger, der Verachtung der Demokratie und Menschenrechte inklusive der Verachtung von Frauen wäre, wie Anhänger des schweizerischen Verbots von Minaretten argumentiert haben, ist ebenfalls keine besonders plausible Einschätzung des Bedeutungsgehalts dieser traditionellen religiösen Architekturform. Die symbolische Bedeutung, die womöglich in bestimmten Kontexten bei bestimmten Symbolen in dieser Hinsicht ausgemacht werden könnte, ist jedenfalls regelmäßig nicht ausreichend, die Religionsfreiheit von Individuen und religiösen Gemeinschaften aufzuwiegen.

Verbote derartiger religiöser Bekundungen werden deshalb häufig unverhältnismäßig sein. Gerade für Frauen können sie das unerfreuliche Dilemma erzeugen, zwischen dem religiösen Gebot und der persönlichen Emanzipation und Unabhängigkeit, nicht zuletzt in der entscheidenden Sphäre des Arbeitslebens, zu entscheiden.

In anderen Fällen können weitere Erwägungen relevant sein. Ein Beispiel dafür sind Burkas. In Schulen kann ein funktionales Argument entscheidend sein, weil hier eine personale Kommunikation zwischen dem Lehrpersonal und der Schülerin offensichtlich von Bedeutung ist.<sup>72</sup> Burkas dagegen in der Öffentlichkeit allgemein zu verbieten, scheint nicht rechtfertigungsfähig, weil unverhältnismäßig, nicht zuletzt, weil ein solches Verbot die betroffenen Frauen noch tiefer in Abhängigkeit treiben würde und den Weg vorwärts ihrer schrittweisen Emanzipation gerade blockieren könnte.<sup>73</sup>

## 2. Glaubenssphären

Ein weiterer wichtiger, beispielhaft zu nennender Maßstab kann aus den betroffenen Glaubenssphären gewonnen werden. Die Rolle, die eine bestimmte Angelegenheit in einem spezifischen religiösen System spielt, kann ein wichtiger Faktor dafür sein, Gleichheit und religiöse Freiheit gegeneinander im Konfliktfall abzuwägen. Dogmatisch ist auch das eine Frage der Verhältnismäßigkeit.<sup>74</sup> Die

<sup>71</sup> Der Preis wurde den Preisträgerinnen verliehen „for their non-violent struggle for the safety of women and for women’s rights to full participation in peace-building work“, [http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/peace/laureates/2011/](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2011/).

<sup>72</sup> Zu einer anderen Perspektive, vgl. z. B. *M. Nussbaum*, *Liberty of Conscience*, 2008, S. 350, die argumentiert, dass Blickkontakt ausreiche, eine Persönlichkeit präsent zu machen und Kommunikationsbeziehungen aufzubauen. Andere Kontexte können andere Lösungen nahelegen – wenn es in einem Land die einzige Möglichkeit bildet, Mädchen überhaupt den Zugang zu Bildung zu gewährleisten, wenn sie eine Burka tragen, kann dies eine andere Bewertung rechtfertigen.

<sup>73</sup> Anders aber EGMR, 1. Juli 2014, app. no. 43835/11 S.A.S. v. France. Vgl. aber auch die dissenting opinion, ebd.

<sup>74</sup> Vgl. zu diesem Prinzip und seinen Grundlagen z. B. *B. Schlink*, *Proportionality (1)* in: *M. Rosenfeld/S. Sajo* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012,

Differenzierung nach der betroffenen Sphäre der religiösen Aktivität ist dabei genauer gesagt ein Gegenstand der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, das heißt der Abwägung verschiedener betroffener Interessen, um sicherzustellen, dass die Last, die der einen Seite auferlegt wird, nicht außer Verhältnis zu dem Gewinn steht, der durch die Maßnahme erreicht wird.

Je weniger nun eine bestimmte Glaubensbekundung mit zentralen Aspekten der Religion verbunden ist, desto leichter kann ein Eingriff gerechtfertigt werden, weil die Last, die dem Gläubigen oder der religiösen Gemeinschaft, die im modernen Recht regelmäßig als Gemeinschaft selbst Träger des subjektiven Rechts auf Religionsfreiheit ist<sup>75</sup>, zugemutet wird, dann leichter ist als die, die durch einen Eingriff geschaffen wird, der Kernaspekte der spirituellen Aktivität der Glaubensgemeinschaft berührt.

Es ist ein wichtiges und weithin akzeptiertes Element der Religionsfreiheit, dass religiöse Gemeinschaften die zentralen Elemente ihrer Glaubensgehalte selbst bestimmen können. Es ist im Grundsatz keine Aufgabe der öffentlichen Gewalt, diese Selbstbestimmungen zu überprüfen.<sup>76</sup> Religionsfreiheit ist bedeutungslos, wenn sie kein derartiges Recht auf Selbstbestimmung beinhaltet.<sup>77</sup> Auf der anderen Seite müssen auch derartige Akte der religiösen Autonomie einer bestimmten Form von Kontrolle unterworfen werden können, um zu ausgreifende Freiheitsgebräuche zu verhindern. In diesem Sinne hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgehalten „Article 9 does not protect every act motivated or inspired by original believe“. Die Religionsfreiheit fordere vielmehr, dass ein „certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance“ der Religion, um die es geht, bewahrt wird<sup>78</sup> und dass die entsprechende Glaubensbezeugung überhaupt als Religion angesehen werden kann.<sup>79</sup> Entscheidungen einer Religionsgemeinschaft werden einer formalen Kontrolle unterworfen.<sup>80</sup> Auch im Bereich spiritueller Tätigkeiten ist die Autonomie

S. 718; A. Barak, Proportionality (2) in: M. Rosenfeld/S. Sajo (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, S. 738; A. Barak, *Proportionality*, 2012.

<sup>75</sup> Vgl. z. B. EGMR app. no. 58911/00, 6. November 2008, *Leela Förderkreis E. V. and others v. Germany*, para 79.

<sup>76</sup> Vgl. EGMR, app. no. 425/03, 23.9.2010, *Obst v. Allemange*, para 44: „A cet égard, la Cour rappelle que les communautés religieuses existent traditionnellement et universellement sous la forme de structures organisées et que, lorsque l'organisation d'une telle communauté est en cause, l'article 9 doit s'interpréter à la lumière de l'article 11 de la Convention qui protège la vie associative contre toute ingérence injustifiée de l'Etat. En effet, leur autonomie, indispensable au pluralisme dans une société démocratique, se trouve au cœur même de la protection offerte par l'article 9. La Cour rappelle en outre que, sauf dans des cas très exceptionnels, le droit à la liberté de religion tel que l'entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci“.

<sup>77</sup> Vgl. dazu Art. 17 AEUV.

<sup>78</sup> EGMR, pp. no. 58911/00, 6th November 2008, *Leela Förderkreis E. V. and others v. Germany*, para 80.

<sup>79</sup> Vgl. EGMR, app. no. 7291/75, 4.10.1977, *X. v. UK*, (behauptete Religion: Wicca).

<sup>80</sup> EGMR, 20. Oktober 2009, app. no. 39128/05, *Lombardi Vallauri v. Italy*, para 51 ff.

von Religionsgemeinschaften nicht absolut.<sup>81</sup> Das hat Konsequenzen für die Frage, um die es hier geht. Es ist danach zunächst einmal Gegenstand einer religiösen Gemeinschaft zu entscheiden, welche Art von Sphäre der eigenen Aktivitäten zentral für die eigene spirituelle Aufgabe ist. Was irrelevant vom Standpunkt eines Beobachters erscheinen mag, der außerhalb des entsprechenden Glaubenssystems steht, kann für die Religion aus eigener Perspektive sehr wichtig sein. Das ist ein häufig anzutreffendes Phänomen in einer religiös pluralistischen Welt. In Anbetracht der möglicherweise widersprechenden Perspektiven muss die Religionsgemeinschaft selbst eine *prima facie* Prärogative haben, derartige Angelegenheiten zu entscheiden. Es gibt aber offensichtliche Grenzen: Eine Religionsgemeinschaft kann etwa nicht – um ein besonders drastisches Beispiel heranzuziehen – seine Praktiken der Genitalverstümmelung von Frauen dadurch rechtfertigen, dass sie sie zum Kernelement ihrer spirituellen Mission erklärt. Für weniger offensichtliche Fälle muss eine vernünftige und unparteiische Einschätzung der Wichtigkeit der betroffenen Aktivität gewährleistet werden.

Es ist aus dieser Perspektive etwa etwas anderes, einer religiösen Gemeinschaft normative Grenzen bei der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse mit den Gärtnern, die für den Rasen vor einem Versammlungsort einer religiösen Gemeinschaft sorgen, zu setzen, als dieser Gemeinschaft Vorschriften zu machen bei der Auswahl derjenigen, die zentrale religiöse und spirituelle Funktionen ausüben. Derartige Differenzierungen im Bezug auf die Sphäre der Aktivität spiegeln wichtige Praktiken großer religiöser Gemeinschaften und Prinzipien ihrer selbstgeschaffenen Regeln wider,<sup>82</sup> obwohl Differenzierungen im Bezug auf die Sphäre der Aktivität auch mit Skepsis von Seiten der Religionsgemeinschaften begleitet wird.<sup>83</sup>

Diese Art von Maßstäben hilft, bestimmte Eingriffe, die durch Gleichheitsgesichtspunkte motiviert sind, zu rechtfertigen.<sup>84</sup> In jenen Sphären, die sich nicht

<sup>81</sup> Vgl. EGMR, 9. Juli 2013, app. no. 2330/09, sindicatul „Pastoral cel Bun“ v. Romania, para 140ff.

<sup>82</sup> Vgl. z. B. Richtlinie des Rates über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD, 1. Juli 2005 (ABl.EKD 2005 S. 413), mit verschiedenen Differenzierungen je nach Tätigkeitsbereich und der Möglichkeit, von der Anforderung der Kirchenmitgliedschaft zu dispensieren, wenn es um Tätigkeiten geht, die sich nicht auf Führungs- und geistliche Kernfragen beziehen, § 3.2.

<sup>83</sup> Vgl. Präses N. Schneider, Faire Arbeitsbedingungen durch den Dritten Weg – Aktuelle Anforderungen an das kirchliche Arbeitsrecht, Katholische Universität Eichstätt, 15. Fachtagung zum Kirchlichen Arbeitsrecht am 5.3.2012; Kirchengesetz über die Grundsätze zur Regelung der Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Diakonie (Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetz der EKD – ARGG-Diakonie-EKD), 9. November 2011 (ABl. EKD 2011, S. 323).

<sup>84</sup> Es gibt bisher keine klare Linie des EGMR in dieser Hinsicht, wenn es auch materielle Erwägungen gibt, die sphärenspezifische Differenzierungen betreffen, vgl. EGMR, app. no. 425/03, 23.9.2010, Obst v. Allemagne, para 51: „A cet égard, elle estime que les juridictions du travail ont suffisamment démontré que les obligations de loyauté imposées au requérant étaient acceptables en ce qu’elles avaient pour but de préserver la crédibilité de l’Eglise mormone. Elle relève par ailleurs que la cour d’appel du travail a clairement indiqué que ses conclusions ne devaient pas être comprises comme impliquant que tout adultère constituait en soi un motif

auf spirituelle Kernbereiche der Aktivität der Religion beziehen, sind weitergehende Einschränkungen denkbar, als in diesen Kernsphären selbst. Um ein Beispiel zu nennen: Frauen von zentralen Ämtern einer religiösen Gemeinschaft auszuschließen, wie es heute von verschiedenen Religionen praktiziert wird, mag als ethisch rechtfertigungsbedürftig erscheinen – gerade in Anbetracht der von verschiedenen religiösen Ethiken mit großer Glaubwürdigkeit vorgetragenen Überzeugung der existenziellen Gleichheit von Menschen. Es würde jedoch eine fundamentale Einschränkung der Religionsfreiheit bilden, wenn religiöse Gemeinschaften dieser Art von Vorstellung in ihrer Praxis nicht folgen könnten, soweit ihre spirituellen Kernaktivitäten betroffen sind. Wenn es keine rechtlich geschützte Selbstbestimmung in diesen Bereichen auch in dieser Hinsicht gäbe, würde Religionsfreiheit gerade den Stachel verlieren, der sie zu einer inhaltsreichen und bedeutungsvollen Freiheit macht. Man mag solche nicht-egalitären, diskriminierenden Praktiken als unverständlich, womöglich sogar als schockierend, beleidigend und verstörend empfinden, aber das ist, wie im Bezug auf den Gleichheitsbegriff ausgeführt wurde, kein Grund, sie nicht zuzulassen, jedenfalls in diesen genannten Bereichen. Antidiskriminierungsrecht ist häufig entsprechend diesen Maßstäben formuliert<sup>85</sup> oder interpretiert<sup>86</sup> worden, um dieser

---

justifiant le licenciement [sans préavis] d'un employé d'une Eglise, mais qu'elle y était parvenue en raison de la gravité de l'adultère aux yeux de l'Eglise mormone et de la position importante que le requérant y occupait et qui le soumettait à des obligations de loyauté accrues.“ EGMR, app. no., Schüth v. Germany, para 66–75, 69: „Whilst it is true that, under the Convention, an employer whose ethos is based on religion or on a philosophical belief may impose specific duties of loyalty on its employees, a decision to dismiss based on a breach of such duty cannot be subjected, on the basis of the employer's right of autonomy, only to a limited judicial scrutiny exercised by the relevant domestic employment tribunal without having regard to the nature of the post in question and without properly balancing the interests involved in accordance with the principle of proportionality.“ Weniger klar dagegen EGMR, 3. Februar 2011, app. no. 18136/02, Siebenhaar, para 44–48. EGMR, 12. Juni 2014, app. no. 56030/07, Fernández Martínez, para 131: „In particular, the specific mission assigned to the person concerned in a religious organisation is a relevant consideration in determining whether that person should be subject to a heightened duty of loyalty.“ Zu einer überzeugenden Kritik der Anwendung dieser Maßstäbe in diesem Fall vgl. die dissenting opinion von 8 Richtern, ebd. Zu kritischen Kommentaren C. Grabenwarter, Kirchliches Arbeitsrecht und Menschenrechtskonvention, in: C. Hohmann-Dennhardt (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, Durchsetzung und Verfahren, FS für R. Jäger, 2011, S. 639 ff.

<sup>85</sup> Vgl. British Equality Act 2010, Schedule 9 Sec. 2: „(1) A person (A) does not contravene a provision mentioned in sub-paragraph (2) by applying in relation to employment a requirement to which sub-paragraph (4) applies if A shows that – (a) the employment is for the purposes of an organised religion, (b) the application of the requirement engages the compliance or non-conflict principle, and (c) the person to whom A applies the requirement does not meet it (or A has reasonable grounds for not being satisfied that the person meets it).“ Es ist eine Interpretationsfrage, ob diese Norm eine Begrenzung auf religiöse Führungskräfte und Unterweisende impliziert, vgl. S. Fredman, *Discrimination Law* 2<sup>nd</sup> ed. 2011, S. 85; Art. 9 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz.

<sup>86</sup> Vgl. die Interpretation des Civil Rights Act 1964 durch den US Supreme Court *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v Equal Employment Opportunity Commission* et al. 565 U.S. \_\_\_\_ (2012) (S. 13): „We agree that there is such a ministerial exception. The members of a religious group put their faith in the hands of their ministers. Requiring a church to accept or retain an unwanted minister, or punishing a church for failing to do so, intrudes upon

Freiheit Raum zu liefern. Interessante Grenzfälle ergeben sich dabei gerade dann, wenn die Ungleichbehandlung von Frauen auch Kernaspekte ihrer religiösen Freiheit betreffen, etwa den Zugang zu sakralen Stätten, wie die *Western Wall* in Jerusalem.

Um ein Missverständnis zu vermeiden: Diese Art von Argumentation bildet keine Apologie einer zynischen Perpetuierung von illegitimen und ungerechtfertigten Formen der Diskriminierung. Es gibt jeden Grund, auch aus einer innerreligiösen Perspektive für die Gleichheit von Frauen zu argumentieren und zu streiten, die den Zugang zu religiösen Funktionen umfasst. Es gibt viele Beispiele dafür mit ernsthaften und wichtigen, wenn auch unter großen Schwierigkeiten errungenen Erfolgen.<sup>87</sup> Es gibt jedoch kein Mandat, diese egalitären Standards mit rechtlicher Gewalt von außen den Religionsgemeinschaften grundsätzlich aufzuzwingen.

In anderen Sphären der religiösen Aktivität können dagegen egalitäre Standards leichter durchgesetzt werden. In diesen Bereichen können Gleichheitsprinzipien deswegen in einem anspruchsvolleren Sinne verteidigt werden.<sup>88</sup> Der Ausschluss von Frauen von verantwortlichen Positionen bei Aktivitäten, die nicht diesen spirituellen Kernbereich der religiösen Aktivität betrifft, ist deswegen nur schwer zu rechtfertigen.

### 3. Wer entscheidet?

Wie in allen normativen Fragen sind nicht nur die materialen Standards, die eine Entscheidung betreffen, von Bedeutung, sondern auch derjenige, der – vor allem in letzter Instanz – die Entscheidung trifft. Wer entscheidet? ist deswegen eine Frage von großer Wichtigkeit auch für die hier entwickelte Problematik. Diese Frage gewinnt nun gerade durch die Betroffenheit von Religionen eine spezielle Dimension, wenn man im Grundsatz bezweifelt, dass es so etwas wie eine besser gerechtfertigte Einsicht in normativer Hinsicht geben könne – eine Standardposition der gegenwärtigen Debatten um die Grundlagen normativer Urteile. Diese Position und ihre Konsequenzen wurden oben bereits angesprochen. Von diesem relativistischen Standpunkt aus drängt sich die Frage auf, aus welchen Gründen eigentlich eine Rechtsordnung legitimiert sein kann, ihre eigenen Maßstäbe einer religiösen Gemeinschaft aufzuerlegen. Wie kann dies möglich sein, wenn die Beurteilungsmaßstäbe dieser Rechtsordnung grundsätzlich nichts

---

more than a mere employment decision. Such action interferes with the internal governance of the church, depriving the church of control over the selection of those who will personify its beliefs. By imposing an unwanted minister, the state infringes the Free Exercise Clause, which protects a religious group's right to shape its own faith and mission through its appointments.“

<sup>87</sup> Vgl. die in Fn. 4 genannten Beispiele.

<sup>88</sup> Das scheint eine sinnvolle Interpretation des unklar gefassten Art. 4 Richtlinie 2000/78/EG, vgl. *M. Mahlmann*, Gleichheitsschutz im Europäischen Rechtskreis, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, 2007, S. 87, 122 ff.; *L. Vickers*, Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace, 2008, S. 213 ff.



anderes verkörpern als eine andere, aber eben nicht eine besser gerechtfertigte Perspektive auf die betreffende normative Frage?<sup>89</sup> In Bezug auf Gleichheit könnte man vereinfachend die Frage stellen, warum eine Rechtsgemeinschaft fordern darf, dass die Gleichheit von Frauen in letzter Instanz jedenfalls in gewissen Fällen gegenüber religiösen Glaubensüberzeugungen Vorrang genießt, sofern Prinzipien der Verhältnismäßigkeit bewahrt werden, wenn die Gleichheit von Frauen, aus dieser relativistischen Perspektive heraus argumentiert, selbst weiter nichts ist als eine von mehreren parallel existierenden, aber widersprüchlichen Ideologien? Viele Konflikte können gelöst werden, etwa durch besondere Maßnahmen, die religiösen Glaubensüberzeugungen Raum verschaffen, die Konzeption einer nicht auf konkrete Inhalte bezogenen Freiheit oder die Feinjustierung des verhältnismäßigen Ausgleichs, die beispielhaft umrissen wurden.<sup>90</sup>

Unter bestimmten Umständen werden religiöse Gebote und rechtliche Prinzipien der Gleichheit aber kollidieren. Für diese Fälle muss klar sein, welche Prinzipien entscheidend sein werden. Die Antwort auf diese Frage kann aus einer

---

<sup>89</sup> Einige neuere Bemerkungen von J. Habermas können in dieser Richtung weisen, vgl. *J. Habermas*, Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaats?, in: *J. Habermas*, *J. Ratzinger*, *Dialektik der Säkularisierung*, 2005, S. 30, wo er vermerkt, dass es prima facie keinen epistemischen Vorrang säkularer Vernunft gegenüber religiösen Glaubensüberzeugungen gebe.

<sup>90</sup> Diese Frage ist von anderen Fragen zu unterscheiden: (1) Sind religiöse Argumente zur Klärung öffentlicher Probleme heranzuziehen (*C. Eberle*, *Religious Conviction in Liberal Politics*, 2002) oder nicht? (Vgl. *R. Rorty*, *Religion in the Public Square*, *Journal of Religious Ethics* 31, 141 ff., der die Präsenz von Religion auf den Bereich unterhalb von „ecclesiastical organizations“ begrenzen will, weil die letzteren schaden würden, nach einer restriktiveren Haltung *ders.*, in: ebd., *Religion as Conversation-Stopper*, *Common Knowledge* 3, 1994, 1 ff. wo er für den Rückzug ins Private ohne Trivialisierung der Religion argumentiert); (2) Gibt es eine „duty of civility“ (*J. Rawls*, *Political Liberalism*, 1993, S. 217), religiöse in säkulare Argumente zu übersetzen? (Vgl. *J. Rawls*, *The Idea of Public Reason Revisited*, in: ebd., *The Law of Peoples*, 2001, S. 132 ff., obwohl umfassende säkulare Doktrinen aus seiner Sicht ausgeschlossen seien. Er formuliert einen „inclusive view“, d. h., dass die Bürgerinnen und Bürger vertreten können „what they regard as the basis of political values rooted in their comprehensive doctrine, provided they do this in ways that strengthen the ideal of public reason itself“, ebd., *Political Liberalism*, 1993, 247. Ein „exclusive view“ vertrete, dass „reasons given in terms of comprehensive doctrines are never to be introduced into public reason“, was Rawls selbst erwogen habe, aber ablehne, ebd., S. 247 Fn. 36. *R. Audi*, *Religious Commitment and Secular Reason*, 2000, S. 135 schlägt ein „theo-ethical equilibrium“ vor. *J. Habermas*, *Religion in the Public Sphere*, *European Journal of Philosophy* 2006, 1 ff. argumentiert für eine Übersetzungspflicht religiöser Bürgerinnen und Bürger, die ihre Argumente in säkulare Form bringen müssten. Säkulare Bürgerinnen und Bürger müssten den anspruchsvollen Maßstäben post-metaphysischen Denkens entsprechen: „The secular component to religious modernization is an agnostic, but non-reductionist philosophical position. It refrains on the one hand from passing judgement on religious truth while insisting (in a non-polemical fashion) on drawing a strict line between faith and knowledge. It rejects, on the other, a scientifically limited conception of reason and the exclusion of religious doctrines from the genealogy of reason“, ebd., 16.)

Dass religiöse Argumente ihren Platz in öffentlichen Debatten haben, scheint in einer liberalen Gesellschaft selbstverständlich. Die hier zur Debatte stehende Frage betrifft ein anderes Problem: Welches sind die letzten legitimatorischen Gründe, auf die sich eine Rechtsordnung stützen kann?

grundlegenden Idee des modernen Konstitutionalismus gewonnen werden. Dieser ist nicht zuletzt darauf gerichtet, einen institutionellen Rahmen des sozialen Lebens für alle Personen unabhängig von ihren besonderen Glaubensüberzeugungen zu bilden, was verbietet, diese Ordnung mit einer bestimmten Glaubensüberzeugung zu verbinden. In letzter Instanz hat eine säkulare Rechtsgemeinschaft auf der Grundlage ihrer eigenen normativen Rechtfertigungsgründe zu bestimmen, wo die Grenzen religiöser Freiheit zur Bewahrung von Gleichheitsprinzipien gezogen werden müssen.<sup>91</sup> In einem Verfassungsrechtsstaat können Individuen oder Gemeinschaften in dieser Hinsicht keine Prärogative genießen, auch dann nicht, wenn ihre Handlungen religiös motiviert werden.

### VIII. Einige Perspektiven

Es gibt viele Konflikte der Forderung nach Gleichheit und der Religionsfreiheit. Ohne Zweifel wurden schwere Ungleichheiten in der Vergangenheit in religiöser Begrifflichkeit verteidigt und ähnliche Apologetik kann auch heute angetroffen werden. Man sollte sich dieser Tradition bewusst bleiben, nicht zuletzt im Hinblick auf die eigene Religion. Ein Übermaß an Selbstgerechtigkeit im Bezug auf den religiösen Beitrag zur Fundierung von Gleichheit im Allgemeinen und der Gleichheit der Geschlechter im Besonderen ist sicher nicht gerechtfertigt. Die einigermaßen ernüchternde Geschichte der Persistenz von Praktiken von Exklusion und Benachteiligungen ist jedoch kein trauriges Monopol von Religionen. Sie wird von anderen Traditionen, wie etwa säkularen, geteilt. Auch dies muss unterstrichen werden, denn es ist keineswegs so, dass säkulare Perspektiven notwendigerweise dem Gerechten und Guten verpflichtet wären. Es gibt säkulare Ideologien mit einer erschreckenden Geschichte im Hinblick auf die Bewahrung von Grundrechten, auch im Bezug auf die Behandlung von Frauen. Eine säkulare Perspektive muss sich deswegen so sehr wie jede andere der Fallibilität ihrer Position bewusst bleiben und immer wieder bereit sein, so kritisch und mit so wenig Selbstgerechtigkeit über sie zu reflektieren wie berechtigterweise von religiösen Perspektiven gefordert wird.

Die Benachteiligung von Frauen ist eine der großen Ungerechtigkeiten der Menschheitsgeschichte, die Tod und Leid verursacht und vielen Frauen wichtige Chancen eines glücklichen Lebens geraubt hat. Sie hat das menschliche Leben im Allgemeinen verarmt. Wir erleben heute das allmähliche Verschwinden von patriarchalischen Sozialstrukturen und die damit einhergehende Bereicherung des Lebens von Männern. Viele Männer würden heute in einer Atmosphäre keinen

---

<sup>91</sup> Rechtfertigungsgründe gehen dabei keineswegs wie religiöse Überzeugungen auf einen metaphysischen Glauben zurück, sondern müssen ihre Überzeugungskraft an einsichtigen normativen Prinzipien beweisen. Vgl. zu diesen Problemen *M. Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 3. Aufl. 2014, § 31.

Atem bekommen – um Hegels Terminologie zu benutzen –, in der Frauen als „Pflanzliches“ angesehen würden.<sup>92</sup> Es gibt gute Gründe zuversichtlich zu sein, dass die Entdeckung der großen Gewinne für die menschliche Zivilisation durch eine Ordnung, die auf dem gleichen Wert von Frauen und Männern gegründet ist, menschliche religiöse Gemeinschaften in der Zukunft inspirieren wird, ihre häufig entscheidenden Beiträge für den Kampf für die Gleichheit von Menschen weiter zu leisten. In Anbetracht des großen egalitären Potentials religiöser Glaubensüberzeugungen kann man diese religionskulturelle Perspektive als etwas betrachten, das eine der wichtigsten Erbschaften menschlicher Religiosität vindizieren würde und Religion mit menschlicher Gleichheit versöhnen könnte.

---

<sup>92</sup> G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, § 166.