

Vier Wege zur Verfassungsgeschichte

Das Verhältnis von Staat, Religion und Kirchen im Spiegel verfassungsgeschichtlicher Methoden

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Julian Krüper**, Düsseldorf*

I. Worum es geht

Dieser Aufsatz ist ein Werbetext. Die Aufgabe von Werbung ist es, Bedürfnisse zu „wecken“, von denen die Umworbene noch nicht wissen, dass sie sie haben. Werbung bringt die Vorzüge eines Produkts auf knappe und griffige Formeln – und baut darauf, dass das Produkt in den Augen der Umworbeneinhält, was die Werbung verspricht. In diesem Sinne gilt: Die Beschäftigung mit Verfassungsgeschichte¹ macht klug, sie macht Spaß und beschert Klausurpunkte.

Historische Kompetenz befördert wie jedes Wissen um Grundlagen des eigenen Faches die „Qualität der juristischen Erkenntnis und schärft die juristische Argumentation“, indem sie „juristisches Differenzierungsvermögen“² schafft. Sie verhilft dazu, auf die Frage, warum das Recht ist wie es ist, neben philosophischen, theoretischen und dogmatischen, neben soziologischen und praktischen auch rechtshistorische Gründe namhaft machen zu können.

In diesem Beitrag geht es darum, Perspektiven vorzustellen, die helfen, den historischen Stoff der Verfassungsgeschichte zu erschließen. Man könnte (was leider etwas abschreckend wirkt, aber trotzdem richtig ist) auch von Methoden verfassungsgeschichtlichen Denkens sprechen.³ Methoden bezeichnen nicht einen konkreten Inhalt, sondern die Art seiner wissenschaftlichen Erfassung (II. und III.). Verdeutlicht werden soll die Leistungsfähigkeit der vorgestellten Perspektiven an zwei eng verschwisterten Sachfragen, nämlich dem historischen Verhältnis von Staat und Kirche auf der einen Seite und an der Entwicklung der Religionsfreiheit auf der anderen (IV.-VI.). Dabei wird sich zeigen: Das verfassungsgeschichtliche Projekt kann man ganz verschieden angehen – „und in dem Wie da liegt der ganze Unterschied“.⁴

II. Geschichtsschreibung als „making sense“

Jede Beschäftigung mit geschichtlichen, auch verfassungsgeschichtlichen Themen muss sich darüber im Klaren sein, dass es *die*, dass es *eine*, gar eine *wahre* Geschichte nicht gibt und nie gegeben hat. Die Frankfurter Rechtshistorikerin *Marie Theres Fögen* (1946-2008) hat dies im Titel ihres Buches

„Römische Rechtsgeschichten“ (im Plural!) auf den Punkt gebracht.⁵ Deutlicher noch wird sie im Buch selbst mit der Feststellung „Die Antike kennt uns nicht“.⁶ Sie bringt damit zum Ausdruck, dass wir nicht mit der Erwartungshaltung an historische Phänomene herantreten dürfen, diese könnten uns etwas, nämlich eine historische Wahrheit, einen bestimmten Sinn vermitteln. Anders formuliert: Historische Tatsachen „sprechen“ nicht zu uns. Die Aufgabe der historischen Betrachtung eines Sachverhalts ist damit also ebenso sehr „archäologisch“, also auf das Ermitteln der historischen Fakten bezogen, wie sie auch „interpretierend“ ist, also ein Deutungsangebot der Fakten liefert. Geschichtliche Forschung heißt deswegen auch Geschichtsschreibung, *Historiographie*. Sie enthält ein kreatives Element, das freilich nicht bedeutet, geschichtliches „making sense“ sei ein Vorgang willkürlicher Interpretation, gleichsam historisches Fabulieren.⁷

Das wirkungsmächtigste Missverständnis eines schlichten Geschichtsbewusstseins ist die Vorstellung, geschichtliche Forschung sei die Tätigkeit, historische Vorgänge wie Dominosteine sachlich zu ordnen und bloß chronologisch aufzureihen. Fast ließe sich sagen: Das Gegenteil ist der Fall. Geschichtliche Forschung kümmert sich auf der Basis zu ermittelnder Fakten eher darum, historische Kausalverläufe zu untersuchen und zu konstruieren und sich dabei stets zu fragen, ob es auch alles anders hätte sein können. Es geht dabei darum, sich ein Bewusstsein für die Kontingenz historischer Prozesse, für ihre Umwege, Hintertüren und Abkürzungen zu erhalten.⁸ Nicht die Herstellung einer linearen historischen Erzählung steht also im Mittelpunkt geschichtlichen Denkens, sondern die Herstellung einer möglichen (!) historischen Entwicklung.⁹

Für einen historischen Erkenntnisgewinn ist es daher notwendig, sich darüber klar zu werden, was man von „der Geschichte“ erfahren möchte. Man muss der amorphen Masse geschichtlicher Fakten mit einem bestimmten Erkenntnisinteresse entgegentreten, also eine bestimmte Frage an die Geschichte herantragen, um in den Genuss ihrer Antworten zukommen, denn: „Das wichtigste Selektionsinstrument des

* Für kritische Lektüre und weiterführende Hinweise danke ich *Dr. Fabian Clemens*, Prof. *Dr. Lothar Michael*, Prof. *Dr. Martin Morlok* und *Dr. Antje v. Ungern-Sternberg*; in besonderer Weise bin ich PD *Dr. phil. Sabine Mecking* zu Dank für das Teilen ihrer historischen Expertise verpflichtet.

¹ Zu einer instruktiven Abschtichtung des Begriffs der Verfassungsgeschichte vgl. *Boldt*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. 1990, S. 10 ff.; weiter auch *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 10. Aufl. 2011, Rn. 1 ff.; *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 9. Aufl. 2010, S. 1 ff.

² *Krüper*, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 2010, Abschnitt A.

³ Für methodische Zugänge zur Verfassungsgeschichte vgl. *Willoweit* (Fn. 1), S. 4 ff.

⁴ *Strauss/Hofmannsthal*, Der Rosenkavalier, op. 59, 1. Akt.

⁵ *Fögen*, Römische Rechtsgeschichten, 2002; zu diesem Ansatz jetzt auch anschaulich *Baer*, Rechtssoziologie, 2011, S. 20 („Geschichte oder Geschichten“).

⁶ *Fögen* (Fn. 5), S. 11.

⁷ S. zu diesem Komplex sehr instruktiv *Stolleis*, Rechtsgeschichte schreiben – Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?, 2008, der diesem Beitrag ähnliche und weitere Perspektiven auf die Verfassungsgeschichte erörtert.

⁸ Der Begriff ist in diesem Zusammenhang der Philosophie entlehnt und bezeichnet Umstände, die nicht notwendig (zwingend), aber auch nicht unmöglich sind. Kontingenz bezeichnet also die Möglichkeiten und Zufälle im Sinne alternativer Kausalverläufe.

⁹ Für ein Beispiel vgl. *Schönberger*, in: Vesting/Korioth (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, 2011, S. 7.

Historikers ist die Frage¹⁰. Es geht dabei darum, eine Perspektive einzunehmen, ein Erkenntnisinteresse zu formulieren, um „Komplexität und Chaos“¹¹ zu reduzieren und handhabbar zu machen.

Ein solcher Ansatz scheint auf den ersten Blick unnatürlich, weil er der organisch erscheinenden historischen Entwicklung ein analytisches Konstrukt aufzunötigen und die historischen Zusammenhänge damit zu desintegrieren scheint. Und in der Tat trennt eine solche Herangehensweise Sachverhalte auf, die aufeinander bezogen, bisweilen direkt miteinander verschränkt sind. Gerade darin liegt aber auch der Vorzug: Eine perspektivengebundene Abschichtung von verschiedenen, aber untereinander verwandten Sachverhalten kann viel deutlicher notwendige von zufälligen Zusammenhängen unterscheiden. Dies ist gerade für Juristen von Bedeutung, die nicht zu Unrecht der Neigung verdächtigt sind, alles aus der Perspektive des Rechts wahrzunehmen und unter dem Einfluss des Rechts zu vermuten – und dabei systematisch die Abhängigkeit des Rechts, seine Bedingtheit durch Kultur, Tradition und Politik ausblenden.

III. „Ein“ Gegenstand – „viele“ Perspektiven

Welche Perspektive man schließlich wählt, steht letztlich im Belieben derjenigen, der auf geschichtliche Zusammenhänge schauen und ist abhängig von ihren Interessen. Es gibt eine Vielzahl denkbarer Perspektiven, nicht alle davon versprechen gleichermaßen reiche Frucht. Die Wahl einer sinnvollen Perspektive, das Stellen relevanter Fragen ist also bereits Teil des rechtshistorischen Geschäfts.

In diesem Beitrag sollen vier Perspektiven vorgestellt werden, die (verfassungs-)geschichtswissenschaftlich eingeführt sind und historiographische und spezifisch juristische Zugänge miteinander verbinden.

1. Herrschafts- bzw. Politikgeschichte

Die wohl längste geschichtswissenschaftliche Tradition hat diejenige Form der Geschichtsschreibung, die Personen und Ereignisse in bestimmten institutionellen Zusammenhängen in den Mittelpunkt stellt. Dieser Zugang konzentriert sich auf herrschaftsgeschichtliche Fragen, also auf das, was man mit einer Anleihe beim Theater auch „Haupt- und Staatsaktionen“¹² nennt.¹³

Die herrschaftsgeschichtliche Perspektive ist der (verfassungs-)rechtlichen wie der verfassungsgeschichtlichen Perspektive in bestimmter Weise besonders nahe: Erstens beschäftigen sich Juristen traditionell mit der Legitimation politischer Herrschaft. Zweitens nehmen sie, damit in engem und bisweilen unauflöselichem Zusammenhang stehend, Staatlichkeit als institutionelles Phänomen in den Blick. Bis heute begegnet uns dieser Zugang in Gestalt des Staatorganisationsrechts des Bundes und der Länder, des Kommunalverfassungsrechts der Gemeinden und des Rechts der funktionalen Selbstverwaltungskörperschaften, beispielsweise der berufsständischen Kammern.

Die Haltung, dass Geschichtswissenschaft sich vor allem mit politischer Geschichte im engeren Sinne beschäftigen solle, war in besonderer Weise prägend für die (wissenschaftsgeschichtliche) Ära des Historismus.¹⁴ Aber auch heute behaupten Herrschafts- und Politikgeschichte einen besonderen Stellenwert in der Geschichtswissenschaft im Allgemeinen und der Verfassungsgeschichte im Besonderen. Dabei war über lange Zeit der so genannte Primat der Außenpolitik die Leitperspektive der Geschichte, der zu einer wissenschaftlichen Konzentration auf Staatenbeziehungen und Staatenentwicklungen führte. Herrschaftsfragen sind nach dieser Lesart vor allem außen- und kriegspolitische Fragen, die aber etwa in der durch die Jahrhunderte reichenden Heiratspolitik europäischer Fürstenhäuser sehr persönliche Dimensionen haben konnten.¹⁵

Jedenfalls für die Geschichtswissenschaft des 19. Jahrhunderts erklärt sich der Primat der Außenpolitik aus der zentralen politischen Erfahrung der Menschen, der Gründung des preußisch dominierten Deutschen Reiches 1870/1871, in der ganz überwiegend die Durchsetzung von Machtstaatsmechanismen, nicht aber die Durchsetzung der liberalen deutschen Nationalbewegung, einem in diesem Sinne „innenpolitischen“ Phänomen, gesehen wurde.¹⁶ Versucht man den herrschaftsgeschichtlichen Ansatz rechtlich zu wenden, ließe sich sagen: Ein wesentlicher Teil der Geschichte als Geschichte der Staatenbeziehungen war Völkerrechtsgeschichte, ohne dass all diese Beziehungen im engeren Sinne auf einer völkerrechtlichen Basis fußen.

Das wohl letzte eindeutig in dieser klassischen Perspektive geschriebene Buch ist *Gerhard Ritters* (1888-1967) zwischen 1954 und 1968 erschienenes „Staatskunst und Kriegs-

¹⁰ *Herbst*, Komplexität und Chaos, 2004, S. 42.

¹¹ Vgl. die geschichtstheoretischen Überlegungen bei *Herbst* (Fn. 10), passim.

¹² Mit dem Begriff der „Haupt- und Staatsaktion“ werden traditionell Schauspiele wandernder Theatertruppen des 17. und 18. Jahrhunderts bezeichnet, in denen eine oft mythisch-heldenhaft angelegte, mit großem „Staat“ ausgeschmückte „Hauptaktion“ mit humoristischen Einlagen, die „Nebenaktion“, durchsetzt zur Aufführung kommt.

¹³ Vgl. dazu und darüber hinaus den überaus lesenswerten Beitrag des bedeutenden Verfassungshistorikers *Otto Brunner*, *Historische Zeitung* 209 (1969), 1 zum Thema „Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht“ (insbes. 3 ff.).

¹⁴ Nach *Jaeger/Rüsen*, *Geschichte des Historismus*, 1992, S. 4, bezeichnet der Basisbegriff Historismus „ein Denken, bei dem die Geschichte eine hervorragende Rolle bei der Klärung weltanschaulicher Fragen spielt“; wissenschaftsgeschichtlich bezeichnet er „die erste umfassende Ausprägung des modernen fachwissenschaftlichen historischen Denkens“ (S. 5); die rechtswissenschaftliche Spielart dieses Denkens, die sich werkgeschichtlich vor allem mit *Savigny* verbindet, bezeichnet man als „Historische (Rechts-)Schule“ (S. 29 ff.).

¹⁵ Diesem Thema widmet sich beispielsweise *Schönpflug*, in: *Biskup/Kohlrausch* (Hrsg.), *Das Erbe der Monarchie*, 2006, S. 77 ff.

¹⁶ *Borowsky/Nicolaysen*, in: *Goertz* (Hrsg.), *Geschichte*, 3. Aufl. 2007, S. 528.

handwerk“, das nicht einfach „ein historisches Buch“ war, sondern als wissenschaftliches Gegenmodell zu „Griff nach der Weltmacht“, 1961 von *Fritz Fischer* (1908-1999) veröffentlicht, im Mittelpunkt einer Kontroverse um die richtige Form von Geschichtsschreibung stand.¹⁷

Die Einsicht, dass der historiographische Primat der Außenpolitik eine im Ansatz unterkomplexe historische Perspektive ist, fand um die Wende zum und bis weit hineinreichend in das 20. Jahrhundert (und bis heute) zunehmend Anhänger. Ein geschichtswissenschaftlicher Paradigmenwechsel bahnte sich an, eine neue und andere Form der Geschichtsschreibung entstand.

2. Sozial- bzw. Gesellschaftsgeschichte

Als wissenschaftliche Gegenbewegung zur herrschaftsgeschichtlichen Perspektive sind in diesem Sinn sozial- bzw. gesellschaftsgeschichtliche Fragestellungen zu verstehen. Der Kern ihrer Gegenbewegungsidee kommt in einem Gedicht *Bertolt Brechts* (1898-1956) zum Ausdruck („Fragen eines lesenden Arbeiters“), in dem es (auszugsweise) heißt:

„Wer baute das siebentorige Theben?
In den Büchern stehen die Namen von Königen.
Haben die Könige die Felsbrocken herbeigeschleppt?
Und das mehrmals zerstörte Babylon,
wer baute es so viele Male auf? In welchen Häusern
des goldstrahlenden Lima wohnten die Bauleute?
Wohin gingen an dem Abend, wo die chinesische Mauer
fertig war, die Maurer? [...]“

Diesseits und jenseits ihres klassenideologischen Gehalts verdeutlichen diese Zeilen den Ansatz der Sozialgeschichte, hinter der Fassade der „Haupt- und Staatsaktionen“ nach sozialen und ökonomischen Entwicklungsbedingungen innerhalb eines Gemeinwesens zu fragen und zu forschen.¹⁸ Der sozialgeschichtliche Ansatz ist damit gegenüber dem herrschaftsgeschichtlichen Ansatz stärker analytisch und weniger erzählend.¹⁹ Der Primat der Außenpolitik wird relativiert, der Primat der Innenpolitik (*Hans-Ulrich Wehler*) rückt in einem ganz umfassenden Sinne auf die Forschungsgenda.

Ein erster Versuch, die Verengung des Historismus auf herrschaftsgeschichtliche Fragestellungen aufzubrechen, verbindet sich mit dem Leipziger Historiker *Karl Lamprecht* (1856-1915) und dem Straßburger Wirtschaftshistoriker *Gustav Schmoller* (1838-1917). Sie bemühten sich um die Wende zum 20. Jahrhundert, *Schmoller* zum Beispiel durch die Gründung der „Vierteljahresshefte für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte“, die Perspektive der etablierten Geschichtsschreibung aufzubrechen. Sie wandten sich gegen eine historische Erkenntnisperspektive, die „von den Bedingungen, in die Menschen versetzt sind, schon nichts mehr

wußte“.²⁰ Die geschichtswissenschaftliche Auseinandersetzung, die dies auslöste, ist als Methodenstreit, als Historikerstreit oder auch als *Lamprecht-Kontroverse* bekannt.²¹ Durchgesetzt haben sich *Lamprecht* und seine Mitstreiter dabei nicht, Sozialgeschichte war also um die Jahrhundertwende in Deutschland noch nicht konsensfähig.²² Demgegenüber feierte der sozialgeschichtliche Ansatz in Frankreich, angestoßen vom Soziologen *Emile Durkheim* (1858-1917), schon früh erhebliche Erfolge. Er verbindet sich dort mit der so genannten „Annales-Schule“²³, deren Anliegen es war, Geschichtswissenschaft als eine historische Sozialwissenschaft zu verstehen, eine Wissenschaft des menschlichen Handelns insgesamt.²⁴ Darin liegt nicht weniger als eine massive Erweiterung, wenn nicht sogar praktisch ein Austausch des wissenschaftlichen Erkenntnisgegenstandes (2) und der Art seiner Betrachtung (1). Zu (1): Wo die Herrschaftsgeschichte wesentlich Ereignisgeschichte ist, also zeitlich scharf abgegrenzte Vorkommnisse betrachtet, treten in der Sozialgeschichte längere historische Prozesse auf den Plan. Es geht in der berühmten Formulierung des französischen Historikers *Fernand Braudel* (1902-1985) um die „longue durée“.²⁵ Zu (2): Nicht zufällig bemüht der Historiker *Jörg Baberowski* zum Zwecke der Beschreibung des sozialgeschichtlichen Erkenntnisgegenstandes den Historiker *Lucien Febvre* (1878-1956) und dessen emphatischen Ausruf: „Historiker, seid Geographen! Seid auch Juristen und Soziologen und Psychologen!“²⁶ Sein anspruchsvoller Appell – der sich im Übrigen ohne weiteres umkehren ließe zu: „Juristen, seid Historiker! Seid auch Soziologen, Philosophen und Psychologen usw.“ – beschreibt anschaulich das sozialgeschichtliche Projekt einer „histoire totale“ (*Braudel*), das nicht mehr nach anscheinend wichtigen und angeblich unwichtigen Gegenständen unterscheidet, sondern das Leben der Menschen in all seinen Facetten historisiert. Es dauerte bis in die 1970er Jahre, bis die „intellektuelle Neugier und Frische“ der Annales-Schule auch in Deutschland auf breiter Front aufgenommen und ihre Forschungsansätze rezipiert wurden.²⁷

Der potentiell umfassende Ansatz der Sozialgeschichte als „totaler Geschichte“ filtert also nicht einen abschließend bestimmten, für den Verfassungsgeschichtler in besonderer Weise relevanten Katalog an Sachmaterien heraus, die sich

²⁰ *Baberowski* (Fn. 19), S. 140.

²¹ Zur wissenschaftsgeschichtlichen Bedeutung solcher Methodenstreits vgl. *Augsberg*, in: Lüdemann/Funke (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 145 ff.

²² *Baberowski* (Fn. 19), S. 141.

²³ Benannt nach französischer historischer Zeitschrift „Annales d’histoire économique et sociale“, die von den einflussreichen Sozialhistorikern Marc Bloch und Lucien Febvre herausgegeben wurde.

²⁴ *Baberowski* (Fn. 19), S. 141.

²⁵ Vgl. die deutsche Übersetzung von *Braudel*, *Histoire et Sciences Sociales. La Longue Durée*, bei Wehler (Hrsg.), *Geschichte und Soziologie*, 2. Aufl. 1984, S. 213 ff.

²⁶ Zitat bei *Burke*, *Offene Geschichte*, 1988, S. 7 f.

²⁷ *Mooser* (Fn. 18), S. 578.

¹⁷ Zur sog. „Fischer-Kontroverse“ vgl. *Borowsky/Nicolaysen* (Fn. 16), S. 531 f.

¹⁸ Den wirtschaftsgeschichtlichen Aspekt beleuchtet intensiv *Mooser*, in: Goertz (Fn. 16), S. 568 ff.

¹⁹ *Baberowski*, *Der Sinn der Geschichte*, 2005, S. 141.

gleichsam (sozial-)verfassungsgeschichtlich erforschen ließen. Vielmehr kann der Jurist im Sinne einer *histoire constitutionnelle* totale von der ihm wichtigen rechtlichen Sachmaterie ausgehend historische Entwicklungen in Augenschein nehmen. Das sozialgeschichtliche Konzept legitimiert dies wissenschaftlich, indem es jenseits der eingefahrenen Pfade einer institutionellen Herrschaftsperspektive auf soziale und kulturelle Faktoren verweist, die auch verfassungsrechtsgeschichtlich relevant sein können. Salopp formuliert: Verfassungsgeschichte wird danach nicht nur im Kabinetssaal gemacht, sondern auch in der Kneipe. Unter dem Rubrum der Sozialgeschichte kann der Verfassungshistoriker also nach den gesellschaftlichen Kontexten einer rechtlichen Entwicklung fragen und forschen. Wechselseitige Abhängigkeiten und Bedingtheiten werden damit deutlich, ein historisches gesellschaftliches „Herkommen“ (verfassungs-)rechtlicher Regelungen gewinnt an Klarheit und ermöglicht Aussagen über die Entstehungs- und Geltungsbedingungen eines konkreten Rechtssatzes. Ein solcher Anspruch führt den Verfassungsjuristen beinahe zwangsläufig an die Grenzen seines Fachs, wahrscheinlicher aber noch (weit) darüber hinaus.²⁸ Der Anspruch *Fèbvres*, die eigene Erkenntnisperspektive um die anderer Fächer und Disziplinen zu erweitern, wird hier greifbar. Wer also über die rechtliche Regulierung wirtschaftlicher Tätigkeit forscht, wird etwas über den wirtschaftsgeschichtlichen Vorgang der Industrialisierung wissen müssen. Wenn die Entwicklung der Freiheit der Wissenschaft als Grundrecht interessiert, wird Bildungs-, Wissenschafts- und Hochschulpolitik, ihr Herkommen und ihre Geschichte betreiben müssen. Und wen beschäftigt, über welchen langen Weg sich die rechtliche Gleichberechtigung von Mann und Frau entwickelt hat, wird über die wirtschaftlichen, religiösen und sittlichen Vorstellungen über die Rolle der Geschlechter in vergangenen Zeiten arbeiten müssen,²⁹ will er als Jurist sinnvolle Aussagen über sein Thema treffen.

Dabei ist die Verquickung von sozial- und verfassungsgeschichtlichem Interesse aufgrund der Staats- und Herrschaftsferne der Sozialgeschichte und der Staats- und Herrschaftsnähe der Verfassungsgeschichte nicht von vornherein naheliegend. Die sozialgeschichtliche Idee in Reinform lässt sich bei einer Verquickung beider Perspektiven daher zumeist nicht voll verwirklichen, auch und gerade weil das (Verfassungs-)Recht immer auf die vielgestaltige soziale Wirklichkeit bezogen war.

3. Ideen- und Wissenschaftsgeschichte

Verfassungsgeschichte lässt sich auch als Ideen- oder Wissenschaftsgeschichte betreiben. Sie stellt dann die historische

Entwicklung derjenigen geistigen Konzepte in den Mittelpunkt ihrer Betrachtung, die einen (un-)mittelbaren Bezug zu Verfassungs-(rechts-)fragen haben. Wenn Verfassungsfragen Herrschaftsfragen sind, sind damit naturgemäß Konzepte der politischen Philosophie angesprochen. Es kommt dabei zu einem interessanten Zusammenfall von wissenschaftlichen Disziplinen: Was sich als verfassungsorientierte Ideengeschichte anlässt, wird schnell zur Geschichte einer Wissenschaft an sich, nämlich der der Rechts- und Staatsphilosophie oder auch der des Öffentlichen Rechts selbst. So stellt eines der wesentlichen verfassungsgeschichtlichen Werke unserer Zeit, die „Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland“ von *Michael Stolleis*³⁰, die Entwicklung der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht in den Mittelpunkt (die natürlich, und unter dem Aspekt der Entwicklung des Rechtsstaats als „Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts“ (*Otto Mayer* [1846-1924]), wesentlich auch Verwaltungsrechtsgeschichte ist).³¹

Der enge Zusammenhang zwischen Ideengeschichte und Wissenschaftsgeschichte scheint zum Beispiel auf, wenn man sich mit dem historischen Werden des demokratischen Denkens beschäftigt. Ohne Zweifel wird man die Quellen des demokratischen Denkens in der Philosophie der griechischen Antike aufsuchen, z.B. in *Aristoteles* (384-322 v. Chr.) „Politik“ oder den „Staat“ *Platons* (428/427-348/347 v. Chr.) und die Entwicklung dieser Gedanken durch die Zeit verfolgen, bis in die Gegenwart, deren politische Philosophie schon das Zeitalter der Postdemokratie ausgerufen hat.³²

Wird Verfassungsgeschichte als Ideen- und Wissenschaftsgeschichte betrieben, so gewinnt damit, soviel ist schon klar geworden, die Philosophie besondere Bedeutung. Das Herausstellen des engen Zusammenhangs von historischen Prozessen und geistigen Konzepten ist dabei durchaus eine Eigenheit der deutschen Wissenschaftstradition. Gemeint ist damit vor allem die überaus einflussreiche Epoche des deutschen Idealismus. Der Idealismus, nicht als Einstellung des Individuums, sondern als wissenschaftliche Strömung, bezeichnet eine Denktradition, die in der Wirklichkeit des Menschen nur den Ausdruck bestimmter geistiger Ideen sieht. Geschichte wird damit nicht primär als die Abfolge von konkreten Ereignissen, sondern als Ausdruck einer fortdauernden Auseinandersetzung zwischen bestimmten philosophischen Ideen interpretiert – eine Auseinandersetzung, die wir vor allem nach *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* (1770-1831) als Dialektik bezeichnen. Der Idealismus hat, nicht zuletzt unter Einfluss *Hegels*, aber auch in den Werken *Immanuel Kants* (1724-1804), *Johann Gottlieb Fichtes* (1762-1814), *Friedrich Wilhelm Josef Schellings* (1775-1854) eine ganz eigene Philosophie der Geschichte entwickelt. Deren Einzelheiten sollen hier nicht dargestellt werden. Allein der

²⁸ Zur Stellung des Verfassungshistorikers zwischen den Disziplinen vgl. jüngst *Lesaffer*, in: Klink/Taekema (Hrsg.), *Law and Method*, 2011, S. 133 ff.

²⁹ *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 2010, S. 211, formuliert in diesem thematischen Zusammenhang treffend, es sei bemerkenswert, „dass wesentliche Teile der Ideengeschichte diese Unfreiheit [Anm.: von Frauen] mit erheblichem intellektuellem Aufwand und großem Einfluss legitimiert“ hätten.

³⁰ *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 4, 1988-2012.

³¹ Vgl. dazu jüngst *Cancik*, *Rg* 19 (2011), 30; s. auch *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, 1992, S. 229 ff.

³² So der Titel des weit beachteten Buches von *Crouch*, *Postdemokratie*, 2008.

Hinweis auf den besonderen Einfluss der idealistischen Geschichtsphilosophie auf Theoriemodelle des historischen Fortschritts sei hier erlaubt.³³

Man kann sich als Jurist gerade von dieser Dimension der Geschichtlichkeit des Rechts fernzuhalten versuchen. Vor allem ein Rechtsverständnis, das sich den theoretischen Postulaten des Rechtspositivismus³⁴ verpflichtet fühlt, muss gegenüber einer ideengeschichtlichen Einfärbung rechtlicher Kontroversen Skepsis bewahren. Indes ist kaum von der Hand zu weisen, dass die Vorgaben der Verfassung weder von ihrem historischen Herkommen her, noch von ihrer normativen Reichweite für sich stehen – es gibt eine „Verfassung hinter der Verfassung“,³⁵ die auch auf ideengeschichtlichen Säulen ruht. Diese sichtbar zu machen, ist allerdings nicht primär die Aufgabe der Verfassungspraxis, also der Parlamente, Behörden, Gerichte oder des Verfassungsgerichts, sondern zunächst eine Aufgabe der Rechtswissenschaft, namentlich einer (historisch orientierten) Verfassungstheorie.³⁶ Daher leugnet der Rechtspositivismus auch nicht die Relevanz historischer (moralischer usw.) Motive für die Entstehung des Rechts, er legitimiert das Recht nur nicht durch sie.³⁷

4. Verfassungsrechtstextgeschichte

Die dem Juristen zweifellos nächstliegende historische Erkenntnisperspektive ist diejenige, die sich unmittelbar auf den Gegenstand der juristischen Tätigkeit selbst bezieht, also auf das (geschriebene) Recht, den Rechtstext.³⁸ (Verfassungs-)Rechtstextgeschichte ist dem Juristen aus mehreren Gründen nahe: Erstens hat sie eine wertende Auseinandersetzung mit einem gegebenen Normtext zum Gegenstand, ähnelt darin also der juristischen Kerntätigkeit, der Rechtsanwendung. Sie kann, denkt man an die Rechtsvergleichung oder das Studium historischer Entwurfsfassungen einer Norm, mit der Ausle-

gung und der Anwendung des Rechts sogar Hand in Hand gehen. So wird beispielsweise der Regelungsgehalt der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG bis heute oft anhand des Entwurfs verdeutlicht, den der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee für dieses Grundrecht formulierte, nach dem jeder nach seinem Belieben tun und lassen könne, was anderen und ihren Rechten nicht schade.

Gleichzeitig führt die Orientierung an der Geschichtlichkeit von Verfassungstexten den Juristen auch in historisch übersichtlichere und das heißt vor allem jüngere Gefilde. Verfassungstexte in einem anspruchsvollen, unserem heutigen Verständnis des Verfassungsbegriffs nahe kommenden Weise, sind vom historischen Standpunkt aus betrachtet noch recht junge Phänomene. Zwar finden sich mit der englischen Magna Charta Libertatum von 1215, der Bill of Rights von 1689, aber auch mit dem Augsburger Religionsfrieden von 1555 und dem Westfälischen Frieden von 1648 einflussreiche Schriftstücke, die jedenfalls in Teilen die Funktion von Verfassungsverbürgungen hatten. Zur ihrer ersten Blüte kam die Verfassungsidee aber erst mit den großen republikanischen Revolutionen in Amerika und in Frankreich.³⁹ Staatlichkeit, so wie wir sie heute verstehen, ist also Verfassungsstaatlichkeit und das heißt: Staatlichkeit, die sich auf der Grundlage einer Verfassung mit gewissen Mindestgehalten konstituiert.⁴⁰ Nach wie vor maßgeblich ist hier die Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen v. 26.8.1789, mit der in den Nachwehen der Revolutionsereignisse vom 14. Juli grundlegende und bis heute gültige verfassungsrechtliche Prinzipien ausgesprochen wurden. Dazu zählt auch Art. 16, in dem es heißt: „Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution“. Dieser emphatische Verfassungsbegriff, der die Verfassung von dem formalen Schicksal befreit, ungeachtet ihres Inhalts als reines Organisationsstatut eines Gemeinwesens verstanden zu werden, prägt unser Denken bis heute: Verfassung ohne den materiellen Kern von Grundrechten und Gewaltenteilung ist möglich, aber sinnlos. Die Garantiefunktion der Verfassung, die der Art. 16 anspricht („est [...] assurée“), verweist, wenn auch verdeckt, auf einen kulturgeschichtlich bedeutsamen und unserer Gegenwart selbstverständlichen Umstand, nämlich den Zusammenhang von Rechtsgeltung und Schriftlichkeit des Rechts.⁴¹ Waren beispielsweise die französischen lois fondamentales de royaume über geraume Zeit keineswegs schriftlich fixiert, bereitete das immer stärker sich verbreitende Verfassungsvertragsdenken der Verschriftlichung des Rechts eine Grundlage,⁴² das Zeitalter des Verfassungsstaates brach an. Hintergrund dieser Entwicklung bildet ein in den Begriffen der Medientheorie

³³ Für einen Überblick s. jüngst *Hübner*, Die Geschichtsphilosophie des deutschen Idealismus, 2011, zu *Kant*, *Fichte*, *Hegel* und *Schelling*.

³⁴ Zum Begriff des Rechtspositivismus vgl. *Funke*, in: Krüper (Fn. 2), § 2 Rn. 27 ff.; der Rechtspositivismus ist seinerseits selbst Ausdruck einer bestimmten philosophischen Tradition des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts, des sog. Neukantianismus, einer philosophischen Wissenschaftstheorie, s. dazu knapp *Mahlmann* (Fn. 29), S. 152.

³⁵ Nach *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2008.

³⁶ Vgl. *Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie, 1988, S. 30: „Verfassungstheorie wird sich also immer auch historisch versichern müssen“.

³⁷ Vgl. jüngst zu tradierten Missverständnissen über den Rechtspositivismus *Dreier*, in: Jabloner u.a. (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode, Festschrift Heinz Mayer, 2011, S. 61 (insbes. S. 71 ff.); zum Konzept des (Rechts-)Positivismus und seiner Kritik anschaulich auch *Mahlmann* (Fn. 29), S. 143 ff.

³⁸ S. zu einem solchen Ansatz beispielsweise die berühmte Verfassungsgeschichte von *Brunner*, Land und Herrschaft, 4. Aufl. 1959, S. 120 ff.

³⁹ Vgl. für eine Übersicht *Rofner*, in: Krüper (Fn. 2) § 6 Rn. 14 ff.

⁴⁰ Vgl. zum Begriff des Verfassungsstaats aus verfassungsgeschichtlicher Perspektive *Boldt*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 2, 2. Aufl. 1990, S. 11 ff.

⁴¹ *Mohnhaupt*, Ius Commune 25 (1998), 121 (122).

⁴² Vgl. für die Zusammenhänge zwischen „leges fundamentales“ und moderner Verfassung *Mohnhaupt*, Ius Commune 25 (1998), 121.

beschreibbares Verhältnis zwischen verschiedenen Formen kultureller Tradierung, in den Begriffen des amerikanischen Jesuiten, Literaturwissenschaftlers und Medientheoretikers *Walter J. Ong* (1912-2003) zwischen „Orality and Literacy“. Mit der Umstellung auf schriftliche Formen kultureller Tradierung, die einher gehen mit einer Aufwertung (Kanonisierung) zentraler Texte wie der Verfassung,⁴³ ist ein Zuwachs an personenunabhängiger Kontinuität in der Zeit einerseits, andererseits aber vor allem auch an tradierungsfähiger Komplexität verbunden – zwei Merkmale, deren Bedeutung in Ansehung moderner Verfassungen unmittelbar einleuchtend ist: Den Katalog der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im deutschen Grundgesetz mündlich fehlerfrei zu tradieren, mag gelingen, ist aber unwahrscheinlich.

Verfassungsrechtstextgeschichte kann also Antworten darauf liefern, in welcher Form eine geschriebene Verfassung einerseits den Anforderungen eines emphatischen Verfassungsbegriffs Rechnung trägt. Andererseits liefert sie aber auch Einsichten in den Stand dessen, was man zu einem bestimmten Zeitpunkt für verfassungsrechtlich notwendig gehalten hat, beispielsweise bei der Garantie von Grundrechten. Verfassungsrechtstextgeschichte ist also ein Instrument, um rechtliche (Dis-)Kontinuitäten offen zu legen und zu erforschen. Verfassungsrechtstextgeschichte ist damit auch der Lackmus-Test auf Vorkommen und Umfang eines verfassungsrechtlichen Wertewandels. Darin ist Verfassungsrechtstextgeschichte gleichzeitig auch ein Instrument, das Differenzen zwischen geschriebenem Recht und geltendem Recht („law in the books“ und „law in action“) aufzeigen kann, nämlich immer dann, wenn der verfassungsrechtliche Textbefund und Verfassungsnormativität in der Wirklichkeit, beispielsweise in Gestalt von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, auseinander fallen.

Verfassungsrechtstextgeschichte lässt sich, spricht man von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, auch als Geschichte der Verfassungsinterpretation betreiben. Der Verfassungstext, der gegenüber Texten des einfachen Rechts wie dem Polizeirecht, dem Sachenrecht oder dem besonderen Teil des StGB erheblich abstrakter formuliert ist – oder jedenfalls abstrakter verstanden wird – ist besonders Konkretisierungsbedürftig. Die Frage danach, wie diese Konkretisierung im Einzelnen stattfindet, in welchen historischen Kontexten und wie sie sich ändert, ist im Sinne unserer Überlegungen eine „Verfassungsrechtstextgeschichte zweiter Ordnung“. Sie erkennt an, dass der Verfassungstext in der Verfassungsrechtspraxis weit mehr ist als das geschriebene Grundgesetz. Er fasst, spricht man von Deutschland, bis dato 127 Bände amtlicher Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zahlreiche Kommentare, Monographien, Lehrbücher und natürlich Aufsätze. Verfassungsrecht und Verfassungsgeschichte haben ihren Ort also nicht nur im geschriebenen Recht, sondern immer und überall dort, wo über Verfassung geschrieben und gesprochen, gestritten und entschieden wird (s. dazu auch die folgenden Überlegungen zur Diskursgeschichte).

⁴³ Vgl. zum Begriff und zur Funktion des Kanons *Assmann*, *Das kulturelle Gedächtnis*, 5. Aufl. 2005, S. 103 ff.

5. Weiteres, vor allem Kultur- und Diskursgeschichte

Vor einem Missverständnis ist zu warnen. Keineswegs sind die hier vorgestellten Perspektiven abschließend. (Verfassungs-)Geschichte lässt sich selbstverständlich auch unter anderen Blickwinkeln fruchtbar betreiben. Nicht zuletzt hat die Verfassungsgeschichte selbst schon eine bestimmte, eine selektierende Perspektive,⁴⁴ denn sie konzentriert sich, jedenfalls dann, wenn sie nahe an einer Verfassungsrechtstextgeschichte bleibt, auf die rechtlich greifbaren Ergebnisse politischer Prozesse: Diese müssen nicht immer in einer Vollverfassung im heutigen Sinne aktuell werden. Auch bloße Organisationsstatuten oder Einzelkodifikationen, die bestimmte Einrichtungen zum Gegenstand haben, können Gegenstand verfassungsgeschichtlicher Überlegungen sein (man denke beispielsweise – willkürlich gegriffen aus einer unendlichen Zahl an Beispielen – an die Hofordnung Kaiser Maximilians I. (1459-1519), mit der neben dem Reichskammergericht der sog. Reichshofrat als zweite zentrale Gerichtsinstitution im Heiligen Römischen Reich etabliert wurde).⁴⁵

Aber natürlich kennt die Geschichtswissenschaft auch eine Reihe weiterer Forschungsperspektiven, deren Berührungspunkte mit Verfassungsfragen mehr oder weniger stark sind. Dazu zählen, der Verfassungsgeschichte vergleichbar, die wissenschaftlichen Disziplingeschichten, z.B. die Geschichte der Naturwissenschaften, aber auch die Geschichte kultureller Praktiken wie Literatur-, Musik- oder Technikgeschichte. Schließlich zählen auch die „Verfassungsgeschichten“ anderer Institutionen als des Staats dazu, im Kontext dieses Beitrags besonders natürlich die Kirchengeschichte.⁴⁶ Geschichte lässt sich auch zeitalterbezogen betreiben, also als Epochen Geschichte⁴⁷; die Mediävistik (Mittelalterkunde) oder die Zeitgeschichte⁴⁸ (als „Gegenwartsgeschichte“) zählen dazu, die als Querschnittsgeschichten natürlich auch verfassungsrechtliche Aspekte kennen, man kann hier zum Beispiel an Rechtsfragen der deutschen Teilung und Wiedervereinigung denken.⁴⁹

Seit geraumer Zeit geht vor allem unter den geistes- und sozialwissenschaftlichen Disziplinen ein Phänomen um, das weite Teile der Forschung in diesen Gebieten auf neue oder

⁴⁴ S. etwa den Beitrag von *Stolleis*, in: *Goertz* (Fn. 16), S. 391 ff., der die Verfassungsgeschichte anschaulich als Teildisziplin der Geschichte insgesamt zeigt.

⁴⁵ Siehe <http://www.reichshofratsakten.uni-goettingen.de> zur Erschließung der Akten des Reichshofrats; allgemein zum Reichshofrat s. *Press*, in: *Battenberg/Ranieri* (Hrsg.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*, 1994, S. 349 ff.

⁴⁶ *Stolleis* (Fn. 44), S. 401 f. zur kirchlichen Rechtsgeschichte; *Markschies*, in: *Goertz* (Fn. 16), S. 461 ff.

⁴⁷ *Jordan*, *Einführung in das Geschichtsstudium*, 2003, S. 27 ff., dort auch zum hier vorgestellten Ansatz einer sektoralen Forschungsperspektive.

⁴⁸ Zur juristischen Zeitgeschichte vgl. die Beiträge in *Stolleis*, *Juristische Zeitgeschichte*, 1993.

⁴⁹ Vgl. zu Rechtsfragen deutscher Teilung und Einheit jetzt *Krüper/Sauer* (Hrsg.), *Staat und Recht in Teilung und Einheit*, 2011; zur juristischen Zeitgeschichte als Disziplin s. auch *Stolleis* (Fn. 48).

jedenfalls andere als die herkömmlichen Grundlagen gestellt hat. Gemeint ist der Begriff der Kultur als (neuer) Leitbegriff der Forschung und der mit seinem Auftreten verbundene sogenannte „cultural turn“. Es handelt sich dabei um ein höchst voraussetzungsvolles Konzept, dessen Wurzeln, überraschend genug, vor allem in sprachtheoretischen Konzepten des sogenannten Strukturalismus zu suchen sind.⁵⁰

Ähnlichkeiten bestehen zwischen den kulturwissenschaftlichen Ansätzen der verschiedenen Disziplinen insoweit, als es ihnen um die Untersuchung geht, wie „Gesellschaften die sie umgebenden Wirklichkeiten mit bestimmten Bedeutungsnetzen ausstatten“.⁵¹ Anders formuliert: Es geht darum, wie Gesellschaften den „Sinn“ (von Worten, Taten, Gesten, Ritualen, Begriffen, Institutionen) begründen und sich so Wirklichkeit schaffen – und gewendet auf die Geschichte ist zu fragen, welche „historischen Formen von Sinn und Bedeutung“⁵² in Gesellschaften aufgetreten sind. Dass dies eine Perspektive ist, die dem Verfassungsjuristen sachlich nahe steht, ist offenbar: Es ist gerade die Verfassung, die einen ersten Rang als sinnstiftende und sinnordnende Quelle einnimmt. Im Begriff der „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“ kommt dies besonders zum Ausdruck.

Zwischen der Kulturgeschichte und der sogenannten Diskursgeschichte besteht ein enger, auch verfassungsgeschichtlich interessanter Zusammenhang. Sinn- und Bedeutungsstrukturen sind zumeist sprachlich konstituiert, ebenso wie das Wissen um solche Strukturen. Diskursgeschichte als Teil der Kulturgeschichte fragt sich, welche „Gegebenheiten [...] zu einem bestimmten historischen Zeitpunkt als ‚wahr‘ und ‚wirklich‘ gewusst“ werden. Sie versucht, „das ans Tageslicht zu holen, was in einem Maße selbstverständlich und unmittelbar geworden ist, dass es gerade deswegen nicht mehr wahrgenommen werden kann“.⁵³ Dabei geht es darum, warum bestimmte Aussagen zu einem bestimmten Zeitpunkt gemacht werden, warum und wie sie gemacht werden und welche sozialen und politischen Machtstrukturen dies bedingen. Es geht also durchaus „praktisch“ darum, warum und „wie“ in einer Gesellschaft über bestimmte Dinge gesprochen wird. Der französische Philosoph *Michel Foucault* (1926-1984), auf dessen Arbeiten der diskursgeschichtliche Ansatz fußt, spricht von der „Ordnung des Diskurses“⁵⁴, die zu untersuchen sei.

Trotz der offenbaren Nähe zu verfassungsrechtlichen wie verfassungsgeschichtlichen Fragen ist die historische Diskursanalyse im Bereich des Rechts und der Rechtsgeschichte bislang wenig genutzt worden.⁵⁵ Dies mag auch etwas damit zu tun haben, dass die diskursanalytischen Ideen der höchst umstrittenen französischen (Post-)Strukturalisten von vielen Wissenschaftlern für eine „besonders spinnerte Spielart von

„French Theory“⁵⁶ gehalten werden. Einflussreich sind sie, ob „spinnert“ oder nicht, aber sehr.

IV. Religion und Glaubensfreiheit als Referenzobjekt

Eine Erprobung der vorgestellten Perspektiven am Beispiel des Verhältnisses von Staat und Religion und der Glaubensfreiheit verspricht deswegen interessant zu sein, weil sich ein juristisch ergebnisses Spannungsverhältnis zwischen Religion und staatlichem Herrschaftsanspruch ergibt.⁵⁷ Religion ist ein „soziales System“, das dem einzelnen Menschen Orientierung und Sinn zu geben beansprucht.⁵⁸ Traditionell verknüpfen jedenfalls die monotheistischen Weltreligionen diese Sinnggebung mit einem mehr oder weniger stark ausgeprägten Absolutheitsanspruch, nicht allein im geistlichen, sondern oft auch im weltlichen Bereich. Einen solchen weltlichen Herrschaftsanspruch hat auch das staatliche Recht. Es erhebt, juristisch formuliert, einen Normativitätsanspruch, letztverbindlich darüber zu entscheiden, was richtig, in den Worten des Rechts: was rechtmäßig ist und was nicht. Es besteht also aus der Perspektive der Moderne ein latenter Normativitäts-, genauer noch: ein Normbegründungskonflikt zwischen staatlichem Recht und religiösen Normen, jedenfalls aber eine Konkurrenz.⁵⁹ Religion und Recht sind dabei zwei Systeme, die für bestimmte Bereiche des menschlichen Lebens absolute Geltung beanspruchen: Weder kann man vom Standpunkt der Religion „ein bisschen katholisch“ sein, noch hat sich die Idee einer „relativen Rechtswidrigkeit“ bisher auf breiter Front durchsetzen können.⁶⁰ Religion und das staatliche Recht haben also das Potential, in ein konfliktträchtiges Verhältnis zueinander zu treten, in dem beide Seiten miteinander um Vorherrschaft ringen. „Reason and revelation“ streiten also um ihre Autorität. Es geht dabei um Vorherrschaft in der Sache, aber auch, und das ist der zweite wichtige Aspekt, um Herrschaft von Institutionen, historisch gewendet also um die Dominanz von Staat oder Kirche.

Bevor wir im Folgenden diesem Spannungsverhältnis am Beispiel der hier eingeführten Perspektiven nachgehen, ist ein verfassungsgeschichtlicher „disclaimer“ notwendig. Die nachstehenden Überlegungen haben illustrierende Funktion – sie sind im Sinne der eingangs gemachten Feststellung Werbung für die verfassungsgeschichtliche Sache. Sie sollen einen Eindruck von der Vielfältigkeit verfassungsgeschichtlicher Ansatzpunkte vermitteln – und Lust darauf machen, sich mit dieser Vielfalt selbst detaillierter zu beschäftigen. Abschließend sind sie – natürlich – nicht.

⁵⁰ Krüper, § 14 Rn. 9 ff.

⁵¹ Landwehr, Kulturgeschichte, 2009, S. 9.

⁵² Landwehr (Fn. 51), S. 13.

⁵³ Landwehr (Fn. 51), S. 40.

⁵⁴ Foucault, Die Ordnung des Diskurses, 12. Aufl. 2011.

⁵⁵ Landwehr, Historische Diskursanalyse, 2. Aufl. 2009, S. 162 f.

⁵⁶ Formulierung nach Kiesow, Rg 8 (2006), 81, dort als Paraphrase von Urteilen über den französischen Rechtshistoriker *Pierre Legendre*.

⁵⁷ So (für das Alte Reich) Boldt (Fn. 1), S. 108 f.

⁵⁸ Luhmann, Die Religion der Gesellschaft, 2002, S. 7 ff., spricht von der „Sinnform Religion“.

⁵⁹ S. dazu jetzt instruktiv die Beiträge in Jansen/Oestmann (Hrsg.), Gebot, Gewohnheit, Gesetz, 2011.

⁶⁰ Vgl. aber die weiterführenden Überlegungen bei Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 2004.

V. Anwendung der Perspektiven auf das Referenzobjekt

1. Verfassungsgeschichte als Herrschaftsgeschichte

Die herrschafts- oder auch institutionengeschichtliche Perspektive auf Religion und Glaubensfreiheit wird in Deutschland dominiert von der Entwicklung der institutionellen Auseinandersetzung von Staat und Kirche(-n). In einer (verklärenden) Formulierung des Historikers *Franz Schnabel* (1887-1966): „Seit Jahrhunderten hatte der abendländische Geist sich von den Idealen des Christentums immer weiter entfernt“. ⁶¹ Die historische Erzählung, die sich damit verbindet, kennt ein bestimmendes Narrativ, ein erzählerisches Leitmotiv, nämlich das der Säkularisierung ⁶² oder, anders formuliert, das der fortschreitenden Distanzierung von Staat und Kirchen, ⁶³ von Recht und Religion. Das Säkularisierungsmotiv dominiert, weil es für die deutsche Verfassungsgeschichtsbeurteilung große Plausibilität zu haben scheint. Es ist dabei in aller Regel angesiedelt im thematischen Umfeld der Reformation, die für die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche(-n) eine überragende Bedeutung hat – nicht aber, wie mit Recht bemerkt wird, für die Entstehung der Religionsfreiheit als eines subjektiven Rechts des Bürgers. ⁶⁴

Dabei ist wichtig zu sehen, dass das Säkularisierungsnarrativ prägend für verschiedene Geschichten sein kann: Die Säkularisierungsgeschichte lässt sich erzählen als eine Verlustgeschichte, in der das Religiöse seinen (ihm gemäßen) Stellenwert im öffentlichen Leben verloren hat. Man kann die Säkularisierungsgeschichte aber auch, und diese Perspektive dominiert, als Emanzipationsgeschichte des modernen Staats erzählen. ⁶⁵ Auch kann man den Rationalisierungsschub, den der Staat durch die Trennung von Religion und Kirche erfahren hat, positiv bewerten und trotzdem kritisch nach dem schwindenden Stellenwert des Religiösen im öffentlichen Raum fragen. ⁶⁶ Und schließlich kann man das Säkularisie-

rungsnarrativ als Staatsbildungserzählung grundsätzlich in Frage stellen ⁶⁷ und gerade in der gezielten Konfessionalisierung nach der Reformation ein Movens der modernen Staatsbildung sehen. ⁶⁸

Die Säkularisierungsgeschichte ist für Juristen deshalb so interessant, weil mit ihr wesentlich die Entwicklung und Herausbildung des Staates in seiner heutigen Gestalt verbunden war. Er hat (über einen Zeitraum mehrerer Jahrhunderte) seine institutionellen und inhaltlichen Verwicklungen zunächst mit dem katholischen, später auch mit dem protestantischen Glauben abgelegt und sich auf eigener Wert- und Legitimationsgrundlage konstituiert. Das bedeutet nicht, dass die ehemalige enge Verbundenheit zwischen Kirchen und Staat seine Verfassung und sein Recht nicht bis heute kulturell mitprägt. ⁶⁹ Es besteht aber keine Abhängigkeitsbeziehung mehr – Staat und Recht verstehen sich nicht mehr als von „Gottes Gnaden“, sondern ziehen ihre Legitimation aus demokratischen Herrschaftsstrukturen und der *Bindung* an Recht. Dies ist historisch betrachtet keineswegs selbstverständlich. Über geraume Zeit nämlich leitete staatliche Herrschaft ihre Legitimation aus der Verbindung mit der Religion und der Institution der Kirche ab. Ein Beispiel dafür ist der so genannte Cäsaropapismus, womit der Zusammenfall von staatlicher und weltlicher Herrschaft in einer Herrscherperson bezeichnet wird, beispielsweise den römischen Kaisern und bis heute (auf dem Gebiet des Vatikanstaats) den Päpsten. Zum anderen aber, und dies betrifft eine Reihe von vor allem mittelalterlichen Herrschaftsstrukturen im „deutschen“ Raum, geschah dies durch den eminenten Einfluss der römischen Kirche auf die weltlichen Herrscher. Terminologisch wird dieser Zusammenhang abgebildet in dem Begriffspaar des sacerdotium, der geistlichen Herrschaft, und des regnum (imperium), der weltlichen Herrschaft, die man über lange Zeit als Einheit ansah. Die Päpste liehen in dieser Lesart den weltlichen Herrschern das „geistliche Schwert“, welches diese stellvertretend für sie führten.

Freilich bestand immer ein latenter Streit darüber, ob statt eines Verhältnisses der Gleichordnung nicht doch ein Vorrang des sacerdotium bestehe, welchen die Päpste regelmäßig durchzusetzen versuchten. Dass in diesem Spannungsverhältnis grundsätzlich dem ius divinum, dem von Gott abgeleiteten Recht der Kirche der Vorrang zukam, war theoretisch weitgehend unstrittig, ⁷⁰ faktisch aber konnten die Päpste ohne die „Amtshilfe“ der weltlichen Herrscher ihren Machtanspruch kaum durchsetzen. Es gab also jenseits der „Aktenlage“ ein komplexes Verwobenheitsverhältnis zwischen weltlicher und geistlicher Macht, das alles andere als konfliktfrei war. Den Höhepunkt in den Auseinandersetzungen zwischen

⁶¹ *Schnabel*, Deutsche Geschichte des 19. Jahrhunderts, Bd. 4, 1936 (1987), S. 3; die Formulierung erinnert an *Novalis*, Die Christenheit oder Europa, 1799, der eröffnet mit dem das Mittelalter verklärenden Satz: „Es waren schöne glänzende Zeiten, wo Europa ein christliches Land war, wo eine Christenheit diesen menschlich gestalteten Welttheil bewohnte; ein großes gemeinschaftliches Interesse verband die entlegensten Provinzen dieses weiten geistlichen Reichs“; den Hinweis auf diesen Zusammenhang verdanke ich *Fabian Clemens*.

⁶² Von lat. saeculum: Zeit, Zeitalter, Jahrhundert, im kirchlichen Wortschatz der Begriff zur Bezeichnung des diesseitigen, weltlichen (zeitigen) Lebens, im Gegensatz zum ewigen Bestand der göttlichen Ordnung; verwandt ist der Begriff der Säkularisation als der Prozess der Überführung kirchlichen Eigentums in staatliches Eigentum; zum Begriff vgl. *Luhmann* (Fn. 58), S. 282 f.

⁶³ Jüngst dazu *Dreier*, Rg 19 (2011), 72; klassisch zum Thema *Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 42 ff.

⁶⁴ Z. B. bei *Dreier*, Rg 19 (2011), 72 (75) m.w.N.

⁶⁵ So *Böckenförde* (Fn. 63), passim.

⁶⁶ Z.B. bei *Böckenförde*, in: Meier (Hrsg.), Der säkularisierte Staat, 2006, S. 11 ff.; *Heinig*, JZ 2009, 1136.

⁶⁷ Z.B. bei *Boldt* (Fn. 1), S. 218 ff.

⁶⁸ So und zum Verhältnis beider Positionen instruktiv *Stoll-eis*, Ius Commune 20 (1993), 1, mit breitem Nachweisapparat; s. auch *Dreier*, Merkur 64 (2010), Nr. 732, 429 ff.

⁶⁹ Zu den erheblichen Fortwirkungen der einst engen Verwicklung im heutigen Recht vgl. *Korioth*, in: Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht, 2007, S. 39 (S. 41 ff.).

⁷⁰ *Korioth* (Fn. 69), S. 42.

geistlicher und weltlicher Herrschaft bildete der sog. Investiturstreit, der unter anderem um die Frage kreiste, wem das Recht zustehen solle, einträgliche kirchliche Ämter zu besetzen (Investitur),⁷¹ entweder den weltlichen Herrschern als Laien (Laieninvestitur als Investitur *durch* Laien) oder der Kirche selbst. Es handelt sich bei dieser Frage keineswegs um eine Marginalie. Bis heute behaupten Institutionen im Bereich der Ämtervergabe gerne eine starke Autonomie. Fremdeinflüsse, seien sie rechtlich legitimiert oder nur faktisch bestehend, werden abzuwehren versucht. Ein aktuelles Beispiel: Die gegenwärtigen wissenschaftspolitischen und -rechtlichen Kontroversen gehen darum, ob und in welchem Umfang Universitäten von Gremien geleitet und beaufsichtigt werden sollen, denen universitätsfremde Mitglieder angehören, denen auch ein Ämterbesetzungsrecht zusteht, denn: Wer Ämter besetzt, der übt Einfluss, wer Ämter innehat, der übt Kontrolle aus. Investitur war und ist also, herrschaftstheoretisch betrachtet, ein heikles Thema, dessen Sprengkraft noch dadurch gesteigert war, dass die einst zu besetzenden kirchlichen Ämter erhebliche ökonomische Privilegien umfassten – der Ämterkauf, die so genannte Simonie, war daher an der Tagesordnung.⁷²

Der Investiturstreit, dessen Bezeichnung als bloßer Streit ein vorübergehendes Ereignis von kurzer Dauer suggeriert, währte tatsächlich von 1057 bis 1122. Er endete mit einem erheblichen Einflussgewinn der römischen Kurie, für die deutschen Reichsgebiete festgelegt im Wormser Konkordat von 1122. Daneben aber brachte er auch einen enormen geistigen Aufschwung, denn als Streit, der auch, freilich nicht ausschließlich mit dem Wort ausgefochten wurde, zog er eine erste Blüte des intellektuellen Lebens nach sich, die sich in der Entstehung und Verbreitung von Universitäten und akademischer Bildung ausdrückte; vor allem die Rechtswissenschaft hat davon profitiert, die Renaissance des Römischen Rechts in Gestalt der so genannten Digesten nahm hier ihren Anfang.⁷³

Für das Verhältnis von Staat und Kirche, für die rechtliche Stellung Andersgläubiger in den Gebieten des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation, aber auch für die Materie des Religionsverfassungsrechts⁷⁴, waren die spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Glaubensauseinandersetzungen prägend. Deren rechtliche Verkörperung in Gestalt des Augsburger Religionsfriedens vom 25.9.1555 und des Westfälischen Friedens vom Oktober 1648 sind in ihrer Bedeutung nur vor dem Hintergrund der Reformation zu verstehen.⁷⁵

Diese hatte im Reich zu einer Glaubensspaltung in das katholische und das lutherische (auch: augsburgische) Bekenntnis – die *confessio augustana* – geführt. Der Augsburger Friede, mit dem die kriegerischen Auseinandersetzungen zwischen den katholischen und protestantischen Kräften im Reich beigelegt wurde (Schmalkaldischer Krieg), führte zu zwei berühmten, für die Entwicklung des Religionsrechts schlechthin konstituierenden Rechtsinstituten: dem so genannten *ius reformandi* und dem *ius emigrandi*. Das *ius reformandi* gab den Landesherrn das Recht, das in ihrem Territorium verbindliche Bekenntnis festzulegen: *cuius regio, eius religio*. Die Landesherrn konnten also wählen, ob sie und vor allem ihre Untertanen dem katholischen Bekenntnis oder dem neuen protestantischen Bekenntnis anhängen würden. Die Bedeutung dieses Rechts lässt sich richtig nur vor dem geschichtlichen Hintergrund religiöser Kriege verstehen: Anders als nach unserem heutigen Verständnis, das religiöses Bekenntnis als Element persönlicher Sinnorientierung, als Ausdruck einer mit Rechten begabten *persona moralis*⁷⁶ begreift und diese Phänomene daher im Bereich des Privaten, „nahe bei der Person“ ansiedelt,⁷⁷ war Religion auch nach dem Augsburger Religionsfrieden eine öffentliche Sache. Hierin brach sich ein bis heute anzutreffendes Verständnis Bahn, dass für eine gelingende – friedliche – politische Gemeinschaft ein mehr oder weniger hoher Grad an kultureller, und damals also konfessioneller Übereinstimmung in der Bevölkerung nötig ist.⁷⁸ Wollte man sich dem landesherrlichen Bekenntnis nicht unterwerfen, so gab das *ius emigrandi* nach protestantischer Lesart ein bürgerliches Auswanderungsrecht unter Mitnahme der persönlichen Habe, nach katholischer Lesart hingegen ein landesherrliches Ausweisungsrecht.⁷⁹

Im Osnabrücker Teil des Westfälischen Friedens, der den dreißigjährigen Krieg im Verhältnis zwischen Reich und Schweden beendete, wurde das Modell des Augsburger Friedens wieder aufgenommen, fortgeschrieben und erweitert. Eine Erweiterung lag darin, dass sich der Friede auch auf das calvinistische Bekenntnis erstreckte, es wurden also drei Bekenntnisse im Reich anerkannt. Durch die Festlegung eines Normaljahres (1624) wurden die Landesherrn verpflichtet, die zu diesem Zeitpunkt in ihren Territorien verbreiteten Bekenntnisse zu achten und ihren Schutz nicht zurückzunehmen. Das *ius reformandi* wurde also auf ein Recht des Landesherrn zur Erweiterung der anerkannten Bekenntnisse

⁷¹ Zum Investiturstreit *Willoweit* (Fn. 1), S. 50 ff.

⁷² Mit dem Begriff der Simonie wird der Kauf kirchlicher Ämter und der mit ihnen verbundenen Pfründen bezeichnet; für den Kontext des Investiturstreits vgl. *Boldt* (Fn. 1), S. 108 f.

⁷³ Zum Ganzen *Fenske*, *Der moderne Verfassungsstaat*, 2001, S. 44 f.

⁷⁴ Zum Konzept des Religionsverfassungsrechts vgl. *Morlok/Krüper*, in: Heun u.a. (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, 2006, Sp. 2019.

⁷⁵ *Willoweit* (Fn. 1), S. 128 ff. (zum Augsburger Religionsfrieden), S. 148 ff. (zum Westfälischen Frieden).

⁷⁶ Zum Begriff der *persona moralis* im Werk *Samuel Pufendorfs* s. *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1986, S. 58 ff.

⁷⁷ *Rössler*, *Der Wert des Privaten*, 2001, S. 144 ff., ordnet die Religion einem Bereich „dezisionaler Privatheit“ im Sinne eines „ich entscheide eine Sachfrage selbst“ (gegenüber „informationeller“ [„was weiß man über mich“] und „lokaler“ [„hier bin ich für mich“] Privatheit) zu.

⁷⁸ Im 20. Jahrhundert expliziert der Jurist und Politikwissenschaftler *Hermann Heller* diesen Gedanken unter dem Stichwort der „sozialen Homogenität“.

⁷⁹ *Borowski*, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, 2006, S. 20.

reduziert.⁸⁰ „Individualrechtlich“ wurde das wichtige Recht der Hausandacht, zum Teil unter Teilnahme eines Geistlichen, zum Teil ohne eine solche, für die Anhänger der Minderheitenbekenntnisse festgelegt. Die Zurückdrängung in den Bereich des Privaten verdeutlicht die institutionelle Stoßrichtung des Westfälischen Friedens, der in heutigen Begriffen als Recht der religiösen Gefahrenabwehr zu verstehen ist. Nichtsdestoweniger ist er für die Entwicklung der Religionsfreiheit von besonderer Bedeutung. Dass damit nicht die Anerkennung des Menschen als einer moralisch und religiös autonomen Person verbunden ist, versteht sich historisch (noch) von selbst – das heraufziehende 18. Jahrhundert änderte diesen Zustand.

Die Säkularisierungsgeschichte ließe sich natürlich an dieser Stelle fortsetzen. Wichtige Stationen der Auseinandersetzung von Staat und Kirche folgten,⁸¹ aus denen sich heute ein säkularer Staat entwickelt hat, der sich einer religiös pluralisierten Gesellschaft gegenüber sieht – und der sich darin alte Fragen in neuem Gewand stellt. Dies ist beispielsweise dort der Fall, wo es darum geht, ob muslimische Gemeinden öffentlich sichtbare, als Sakralbauten erkennbare Moscheen errichten sollen dürfen (ja!) oder doch auf die „Hausandacht der Moderne“ in Hinterhöfen und Industriegebieten verwiesen werden sollen (nein!).⁸²

2. Ideengeschichte der Religionsfreiheit

1895 erschien in Berlin erstmals eine kleine, aber sehr einflussreiche Schrift *Georg Jellineks* (1851-1911), die sich zu einem „internationalen Bestseller“⁸³ entwickelte und die für das Verständnis der Geschichte der Religionsfreiheit bis heute Bedeutung hat.⁸⁴ *Jellinek* postulierte darin „Die Religionsfreiheit in den anglo-amerikanischen Kolonien als Ursprung der Idee, ein allgemeines Menschenrecht durch Gesetz festzustellen“.⁸⁵ *Jellinek* legt dar, wie sich in den amerikanischen Kolonien bereits im 17. Jahrhundert – Europa versucht eben, den dreißigjährigen Krieg zu bewältigen – religiöse Freiheit als staatliches Rechtsprinzip etabliert habe, und zwar vor allem durch stark religiös geprägte Kolonialisten wie *Roger Williams* (1603-1683), die nicht allein die Freiheit des Glaubens, sondern auch die Trennung von Staat und Kirche durchgesetzt haben.⁸⁶ Ideengeschichtlich grundiert *Jellinek* seine Überlegungen indes nicht – das in seinem Buch nachfolgende Kapitel über naturrechtliche Einflüsse auf

die menschenrechtliche Entwicklung bleibt gegenüber der Religionsfreiheit neutral. Und tatsächlich ist zwischen der Entstehung der Freiheit des Glaubens *als Recht* und seiner expliziten ideengeschichtlichen Unterfütterung eine Asynchronität festzustellen. Zwar wird den Herrschern eine (moderate) Freiheit des Bekenntnisses in den europäischen Glaubensauseinandersetzungen abgerungen (in Amerika sogar eine weit reichende Freiheitsgarantie gegenüber dem Kolonialherrn England), aber die Erklärung dieses Rechts aus einer philosophischen Positionierung des Individuums heraus wird doch erst eine Frucht der Philosophie der Aufklärung.⁸⁷ Mit liberalen Freiheitsgarantien im eigentlichen Sinne hatten die Gewährleistungen des Augsburger und des Westfälischen Friedens wenig zu tun.⁸⁸ Zwar kannte schon die antike Philosophie mit den Status' der bürgerlichen Gleichheit (*isegoria*, *isonomia*) menschenrechtsähnliche Gehalte, sie bezogen sich allerdings auf eine polis, die Kultusgemeinschaft und politisches Gemeinwesen war. Eine Trennung von „Staat“ und Religion war unbekannt. Das Bedürfnis nach einem religiösen Freiheitsrecht bestand also nicht. Es ist insofern auch nicht erstaunlich, dass erst mit der breiten Durchsetzung einer Trennung von Staat und Kirche das Denken in Kategorien religiöser Freiheit Aufschwung erfuhr.

Indes zeigt die Suche nach spezifischen ideengeschichtlichen Wurzeln religiöser Freiheit auch, dass das „Kleben an Begriffen“ dazu führen kann, wesentliche historische Entwicklungslinien zu übersehen, die der Sache nach schon lange bestanden, allerdings unter anderen Begriffen firmierten. So beinhaltet die Idee religiöser Freiheit wesentlich auch ein Element wechselseitiger Toleranz,⁸⁹ ohne die Religionsfreiheit und mehr noch religiöser Friede nicht zu haben sind.⁹⁰ Damit rücken beispielsweise schon spätantike Übereinkommen wie die 313 getroffene Vereinbarung zwischen dem weströmischen Kaiser Konstantin (bis 337) und dem oströmischen Kaiser Licinius (etwa 265-325) in den Blick, nach der weitreichende religiöse Freiheiten innerhalb des römischen Gesamtreichs gewährt wurden (was freilich politisch motiviert war und insofern auch herrschaftsgeschichtlich eingeordnet werden kann). Freilich war der Toleranzbegriff dieser Zeit nicht der einer positiv-affirmativen Toleranz, sondern – eben im Hinblick auf das Erfordernis sozialen Friedens – der einer hinnehmenden Duldsamkeit gegenüber jenen Bekenntnissen, die nicht der Mehrheit entsprachen.

Eine als ideengeschichtliche Begründung im engeren Sinne anzusehende Konzeptualisierung von Toleranz, die auch

⁸⁰ *Borowski* (Fn. 79), S. 22.

⁸¹ Vgl. dazu *Dreier*, Rg 19 (2011), 72.

⁸² S. dazu *Krüper*, in: *Heinig/Munsonius* (Hrsg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, i.E.; umfassend jetzt *Gaudernack*, *Muslimische Kultstätten im öffentlichen Baurecht*, 2011.

⁸³ *Kersten*, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, 2000, S. 426.

⁸⁴ S. für eine Einordnung *Frotscher/Pieroth* (Fn. 1), Rn. 26 ff.

⁸⁵ *Jellinek*, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 3. Aufl. 1919, S. 42 ff.

⁸⁶ Die These *Jellineks* von der Religionsfreiheit als Urgrundrecht ist überaus kontrovers diskutiert worden, einen instruktiven Überblick gibt *Borowski* (Fn. 79), S. 64 ff.

⁸⁷ Vgl. *Lorz*, *Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants*, 1993, S. 160 ff., 307 ff.; v. *Ungern-Sternberg*, *Religionsfreiheit in Europa*, 2008, S. 17 f.

⁸⁸ *Klippel*, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1976, S. 102.

⁸⁹ *Habermas*, *Philosophy* 79 (2004), 5 zur Vorreiterfunktion religiöser Freiheit für das Entstehen kultureller Rechte.

⁹⁰ Ein umfassender Überblick zur begriffs-, ideen- und politikgeschichtlichen Entwicklung des Toleranzdenkens bei *Schreiner*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 6, 2004, S. 445 ff.

Grundzüge dessen erkennen lässt, was der moderne Mensch unter (religiöser) Freiheit und wechselseitiger Toleranz zu verstehen geneigt ist, findet sich bei *Augustinus* (354-430). *Augustinus*, dessen Leben und Werk situiert sind in der Epochenwende von der Antike zum Mittelalter, zählt zu den so genannten Kirchenvätern, jenen Denkern der ersten nachchristlichen Jahrhunderte, die in ihren Werken Wesen und Selbstverständnis des Christentums ausgeformt und geprägt haben. *Augustinus* entwickelte das tolerantia-Denken fort, nicht begrenzt auf zweckhafte Bestimmung als Mittel zur Gewährleistung sozialen Friedens allein, sondern auch verstanden als „Grundtugend“.⁹¹ Er unterlegt diese Tugend ihrerseits religiös und sieht sie als Folge der christlichen Liebe der Menschen zueinander, die es gebiete, die Sünden anderer zu ertragen – *quis caritas omnia tolerat* (1. Brief Paulus an die Korinther, 1 Kor 13, 7).⁹² Dabei gewinnt das augustianische Toleranzpostulat auch eine dezidiert institutionelle Seite, wenn damit im Interesse einer höheren Einheit auch die Hinnahe von Schismen, also Spaltungen der Glaubensgemeinschaft, verbunden ist. Um also die Einheit des Gesamtverbandes nicht zu gefährden beziehungsweise sie endgültig zu beseitigen, sollen auch Differenzen und Teilungen tolerierend hingenommen werden. Kind seiner eigenen Zeit, kennt *Augustinus*’ Toleranzidee natürlich auch deutlich gezogene und enge Grenzen, vor allem gegenüber den sog. Donatisten (einer nordafrikanischen Kirchenabspaltung) und Häretikern, die auch mit staatlicher Gewalt zu verfolgen seien. Auch der Zwangsbekehrung von Nichtchristen – „*compelle intrare*“ – stand *Augustinus* positiv gegenüber.⁹³

Naturrechtliche Motive, die für die Entstehung der Menschenrechtsidee von herausgehobener Bedeutung sind,⁹⁴ begegnen im Hinblick auf Religion und Toleranz bei *Thomas von Aquin* (1225-1274), der wie *Augustinus* zu den bedeutendsten Theologen und Philosophen, in seinem Falle des Hochmittelalters⁹⁵ zählt. *Thomas* verknüpft das augustianische Toleranzdenken mit naturrechtlichen Argumenten, wenn er etwa feststellt, dass die Zwangstaufe jüdischer Kinder dem Naturrecht widerspreche, wenn damit gegen den Willen der Eltern über ein noch nicht vernunftbegabtes Kind religiös disponiert werde. Das notorische Problem, konkrete Inhalte des Naturrechts zu postulieren und zu begründen einmal außer Acht gelassen, deutet sich hier bereits die Wirkungsmächtigkeit des naturrechtlichen Denkens für die theoretische Konstruktion und die praktische Annahme von Grund- und Menschenrechten an, die im Zeitalter der Aufklärung zu ihrer breitesten Entfaltung kam.

Das Werk des spätmittelalterlichen Theologen, Mathematikers und Philosophen, des im pfälzischen Kues geborenen

späteren Kardinals und Fürstbischofs von Brixen *Nikolaus von Kues* (1401-1464), kreiste zu einem wesentlichen Teil um theologisch-philosophische Fragen von Einheit und Vielheit, von *concordia* und *discordia* und um die Frage, wie Vielheit, Differenz, Antagonismen und Pluralismen zu erklären und zu rechtfertigen seien, wenn das herrschende Ordnungsideal Einheit (des Glaubens, der Kirche, der Herrschaft usw.) postuliert. *Nikolaus*’ Werk, eines „*medieval thinkers for the modern age*“⁹⁶, bietet daher nicht zufällig bedeutende Ansätze zu einer „Theorie der Toleranz“, die für ihn ein Modus war, voneinander abweichende religiöse Riten in ein Verhältnis des Einklangs zu bringen. Die Anerkennung verschiedener religiöser Wahrheiten verband sich damit allerdings ebenso wenig wie bei *Augustinus*.⁹⁷ Verschiedene christliche Bekenntnisse und auch das jüdische Bekenntnis waren danach vorstellbar und auch positiv hinnehmbar, im Kern des theologischen Bekenntnisses abweichende Religionen billigte aber auch *Nikolaus* nicht. Darin bestand zwischen ihm und *Martin Luther* (1483-1546) noch Einigkeit, denn auch *Luther* hielt am universellen Anspruch der Kirche fest, meinte aber, dass das religiöse Bekenntnis selbst ein Werk Gottes sei und daher nicht weltlich erzwungen werden könne.⁹⁸

Es zeigt sich, dass für die ideengeschichtliche Entwicklung von religiöser Toleranz bis zur Reformation katholische Theologen „zuständig“ waren. Sie entwarfen nicht das Bild einer Religionsfreiheit in einer pluralistisch-multireligiösen Gesellschaft, wie sie für unsere Gegenwart kennzeichnend ist, sondern für ein in seinen Glaubensströmungen mal mehr, mal weniger zentrifugales, kirchlich dominiertes Gemeinwesen. Freilich sind ihre Gedanken Wegbereiter geworden für viele Denker der politischen Theorie, vor allem der Neuzeit, darunter etwa *John Locke* (1632-1704).⁹⁹

So brachte *Jean Bodin* (1529-1596) in seinem staatstheoretischen „Großwerk“ „*Six Livres de la République*“, mehr aber noch in seiner Schrift „*Colloquium Heptaplomeres*“ seine Überzeugung zum Ausdruck, dass religiöse Homogenität für die Stabilität des Staates förderlich, aber eben keineswegs zwingend sei. Sei religiöse Einheit nicht herzustellen, reiche eine, freilich friedliche Koexistenz der Religionen im Staat aus. Wechselseitige Toleranz sei zu gewähren und einzuhalten.¹⁰⁰

Bedeutende ideengeschichtliche Impulse erfuhr die Entwicklung religiöser Freiheit als Menschenrecht schließlich in den Werken *Immanuel Kants* (1724-1804), dessen Denken für die philosophische Emanzipation des Individuums¹⁰¹ von überragender Bedeutung war.¹⁰² Eine zentrale Forderung der

⁹¹ *Schreiner* (Fn. 90), S. 452.

⁹² So und Weiteres bei *Schreiner* (Fn. 90), S. 452.

⁹³ Dazu und zu *Augustinus*’ Staatsbild vgl. *Loetscher*, *Church History* 4 (1935), 16 (39).

⁹⁴ *Klippel* (Fn. 87), passim.

⁹⁵ Die Frage, in welche Phasen das Mittelalter sinnvoll teilbar ist, ist Gegenstand historischer Auseinandersetzungen, verbreitet, wenn auch bestritten, ist die Teilung in Früh-, Hoch- und Spätmittelalter.

⁹⁶ Vgl. den Band von Yamaki (Hrsg.), *Nicholas of Cusa – A Medieval Thinker for the Modern Age*, 2001.

⁹⁷ *Schreiner* (Fn. 90), S. 460.

⁹⁸ *Schreiner* (Fn. 90), S. 476.

⁹⁹ S. zur Position *Lockes* in einem ideengeschichtlichen Kontext etwa *Dees*, *Noûs* 32 (1998), 81 (91).

¹⁰⁰ *Schreiner* (Fn. 90), S. 489 f.

¹⁰¹ *Lorz* (Fn. 87), S. 71 ff.

¹⁰² Für den Kontext der Grundrechtsgeschichte vgl. die Darstellungen bei *Hufen*, *Staatsrecht* II, 2. Aufl. 2009, § 2; für

Philosophie *Kants* bestand in der Gewährleistung individueller Glaubensfreiheit. „Für ihn [...] musste die damals noch längst nicht überwundene Praxis staatlicher Einflussnahme auf die religiöse Gesinnung der Bürger einen unerträglichen Angriff auf die autonom-vernünftige Selbstbestimmung als das Grundelement der menschlichen Persönlichkeit und damit auf Bestimmung und Zwecke der Menschheit überhaupt darstellen“. ¹⁰³ *Kant* geht dabei davon aus, dass religiöse Lehren nicht in einem Gewissheit vermittelnden Sinne „gewusst“ (sondern eben nur geglaubt) werden können und die öffentliche Gewalt solch ein Wissen daher auch nicht für sich in Anspruch nehmen könne. Die Konsequenz daraus ist die Anerkennung eines weiten Bereichs persönlicher Autonomie gerade für den Bereich der Religion. ¹⁰⁴

3. Verfassungsgeschichte als Sozialgeschichte

Verfassungsgeschichte unter sozialgeschichtlichen Vorzeichen zu betreiben, scheint von den vier im Rahmen dieses Beitrags vorgestellten historischen Erkenntnisperspektiven wahrscheinlich die fremdeste zu sein. Dies hat vorrangig zwei Gründe:

Erstens: Verfassungsrecht heute lebt wesentlich von der grundlegenden Unterscheidung von Staat und Gesellschaft. Der Staat als die Sphäre des Rechts und der Herrschaftsinstitutionen lässt sich in den Begriffen des Rechts leicht erfassen, historisch und aktuell. Besonders natürlich stark rechtspositivistisch geprägte Juristen in der Tradition *Hans Kelsens* (1881-1973) sehen dies so.

Die Sphäre der Gesellschaft, der wir Religion und religiöse Institutionen heute zurechnen, erschließt sich juristisch nicht ohne weiteres. Näher kommt man ihr als Jurist über die Grundrechte, die überhaupt erst die Distanz schaffen, die nötig ist, um von Staat und Gesellschaft als unabhängigen Sphären zu sprechen. Nun hat aber die herrschaftsgeschichtliche *tour d'horizon* gerade gezeigt, dass über lange Zeit der Staat und die Religion in unauflösbarem Zusammenhang standen und zudem ihre Auseinandersetzung, die Säkularisierung politischer Herrschaft, alles andere als schnell und komplikationslos verlief. Ein sozialgeschichtlich interessierter Blick auf die Verfassungsgeschichte von Religion und religiöser Freiheit muss sich also auf die Suche nach „Nischen des Sozialen“ machen, in denen jenseits des „religiösen Staats“ verfassungsgeschichtlich erhebliche soziale Phänomene zu untersuchen sind. Damit rücken zum Beispiel Fragen nach der Rechtsstellung religiöser Minderheiten und anderer

Randgruppen ¹⁰⁵ auf die Agenda, im deutschen historischen Kontext vor allem und insbesondere jene der Juden. ¹⁰⁶

Zweitens: Ein weiterer Grund ist namhaft zu machen für das Fremdeln des Juristen mit der Verbindung von sozialgeschichtlicher und verfassungsgeschichtlicher Perspektive. Die Sozialgeschichte ist ihrem Wesen nach interdisziplinär, in religiösen Fragen rücken damit die Religionswissenschaft und vor allem auch die Religionssoziologie in den Mittelpunkt, die zum Beispiel im Werk *Max Webers* (1864-1920) bedeutende Impulse erfahren hat. Dies wirft nicht allein Fragen nach der individuellen interdisziplinären Kompetenz des forschenden Verfassungsjuristen auf – Verstehe ich religionssoziologische Texte? –, sondern auch die Frage danach, wie sich disziplinfremde Ergebnisse sinnvoll in eine (verfassungs-)juristische Forschung einbringen lassen. ¹⁰⁷

Eine an sozialgeschichtlichen Fragen interessierte Verfassungsgeschichte, die sich versteht als die Geschichte der Entwicklung und Legitimation von politischer Herrschaft, wird also – beispielsweise – das Vorkommen vom Mehrheitsbekenntnis abweichender Religiosität und ihre rechtliche Behandlung thematisieren oder auch das Auftreten und die rechtliche Verarbeitung alternativer (religiöser) Sinnstiftungsmechanismen (für das die Wiedertäuferbewegung im 16. Jahrhundert ein Beispiel sein mag).

Unter einem solchen sozialgeschichtlichen Blickwinkel tritt die Geschichte der Juden in Deutschland besonders in den Vordergrund. ¹⁰⁸ Sie waren vom 11. Jahrhundert bis zur ihrer weitgehenden rechtlichen und politischen Gleichstellung im 19. Jahrhundert, der „Judenemanzipation“, selten weniger, sondern zumeist stark diskriminiert, unterdrückt und bis in den Tod verfolgt – nicht erst im Dritten Reich, in dem der Exzess der Ausrottung der Juden den Staat gleichsam mitkonstituierte. ¹⁰⁹

Theologisch-ideengeschichtlich genossen die Juden, zum Beispiel in den Werken *Augustinus*, insofern einen Sonderstatus, als sie zwar nicht-christlichen Bekenntnisses waren, aber als Hüter und Zeugen der Botschaft des Alten Testaments doch gegenüber anderen Religionen stärker geachtet waren. Auch *Luther*, als Kind eines durch und durch antisemitischen Zeitalters, bemühte diesen Gedanken. Sozial aber

¹⁰⁵ S. für diesen Forschungsansatz und das Erkenntnispotential einer dezidierten Randgruppenforschung *Rexroth*, *Historische Zeitschrift – Beihefte* 29 (1995), 427 (für Forschungen zu jüdischen Gemeinschaften 450 f.).

¹⁰⁶ S. dazu beispielhaft *Kisch*, *Forschungen zur Rechts-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte der Juden*, 1979.

¹⁰⁷ Für die Rezeption sozialwissenschaftlicher Theorien in der dogmatischen Rechtswissenschaft diskutiert dies *Lüdemann*, in: *Boysen u.a. (Hrsg.), Netzwerke*, 2007, S. 266 ff.

¹⁰⁸ Umfassende Informationen sind online z.B. unter <http://www.judentum-projekt.de> zu finden.

¹⁰⁹ Zu den Diskriminierungs-(dis-)kontinuitäten vgl. die eindrücklichen, in *Zeitgenossenschaft zum Nationalsozialismus* entstandenen Ausführungen bei *Kisch* (Fn. 106), S. 115 ff.; für einen Überblick zur Geschichte der Judenverfolgung in Deutschland und Europa bis in die Neuzeit vgl. *Ortag*, *Jüdische Kultur und Geschichte*, 5. Aufl. 2003, S. 89 ff.

andere Denker der Aufklärung und ihr Verhältnis zur Religionsfreiheit s. die Darstellungen bei *Fritsch*, *Religiöse Toleranz im Zeitalter der Aufklärung*, 2004, z.B. zu *Christian Wolff*, S. 66 ff., oder *Moses Mendelssohn*, S. 83 ff.

¹⁰³ *Lorz* (Fn. 87), S. 160.

¹⁰⁴ *Lorz* (Fn. 87), S. 160.

war die Stellung der Juden alles andere als geachtet oder gar privilegiert. Unter den Repressionen in West- und Mitteleuropa leidend, die vor allem 1096 im Umfeld des ersten Kreuzzugs pogromartig eskalierten, flüchteten sich die Juden vor allem in die Gebiete Osteuropas, insbesondere nach Polen, auch um die weiten Teils geltenden Ansiedlungsverbote in Süd- und Westeuropa zu umgehen.

Sofern die Anwesenheit von Juden geduldet war, wie oft in Teilen des Heiligen Römischen Reiches, war ihre Rechtsstellung gegenüber der christlichen Bevölkerung trotz einiger Privilegien wie einer teilweisen Gerichtsautonomie¹¹⁰ schwächer ausgeprägt. Durch Zölle, mit denen sich die Juden den Schutz des Kaisers erhalten mussten, und durch Sonderabgaben waren sie finanziell stark belastet. Das Rechtsinstitut der kaiserlichen Kammerknechtschaft legitimierte diese Praxis, doch gab es den Juden, die als kaiserliches Eigentum betrachtet wurden, im Gegenzug (häufig nur schwachen) Schutz vor christlichem Pöbel und zudem die Möglichkeit der Religionsausübung.¹¹¹ Bestimmte Berufsverbotsregelungen drängten die Juden aus Zünften und Gilden und stark in den Bereich des Geldhandels, dessen schlechter Ruf des christlichen Zinsverbots wegen die Juden noch unbeliebter machte.¹¹²

Vereinzelt gelang es Menschen jüdischen Glaubens wider die allgemeine Diskriminierung an Fürstenhöfen herausgehobene Stellungen einzunehmen – das berühmteste historische und rezeptionsgeschichtlich wirkungsmächtigste Beispiel hierfür ist *Joseph Süß Oppenheimer* (1698-1738), der als so genannter Hoffaktor die finanziellen Geschicke des Herzogs Karl Alexander von Württemberg (1684-1737) leitete und nach dessen Tod, durch staatliche Stellen sanktioniert, ermordet wurde. *Süß* war das historische Vorbild für eine Novelle *Wilhelm Hauffs* (1802-1827) und des gleichnamigen Romans „Jud Süß“ *Lion Feuchtwangers* (1884-1958), vor allem aber für den ebenfalls gleichnamigen NS-Propaganda-Film des Regisseurs *Veit Harlan* (1899-1964). Dessen „Jud Süß“-Regie wiederum war der politische Anlass jenes Zivilrechtsstreits, der zum „legendären“ Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts führte.¹¹³

Die verfassungsgeschichtliche, im engeren Sinne gar verfassungsrechtliche Relevanz dieser Umstände und Entwicklungen liegt nicht ohne weiteres auf der Hand. Indes ist die Funktion der Diskriminierung und Stigmatisierung bestimmter (religiöser) Bevölkerungsgruppen für die innere Stabilisierung eines möglicherweise ohnehin fragilen (durch konfessi-

onelle Auseinandersetzungen geschwächten) politischen Gemeinwesens von Bedeutung – Abgrenzung von Anderen und gegen Andere stiftet Identität und Zusammenhalt. In Reinform ist dies in der nationalsozialistischen Rassenpolitik zu sehen. Aber auch die Hochzeit des Antisemitismus im Mittelalter und früher Neuzeit belegt diese Vermutung¹¹⁴. Sie bestätigen die sozial- und verfassungsgeschichtliche Relevanz konfessioneller Milieus¹¹⁵ und kultureller Mentalitäten. Gerade letztgenannte „hängen aufs engste mit anderen sozialen und politischen Strukturen zusammen“.¹¹⁶ Es ist daher auch kaum zufällig, dass das Schwinden der religiösen Legitimierung staatlicher Herrschaft, wie sie für das 19. Jahrhundert kennzeichnend ist, einher geht mit einer immer weiter reichenden rechtlichen Gleichberechtigung der Juden. An der Begründung und Durchsetzung der liberalen Nationalstaatsidee hatte die jüdische Bevölkerung lebhaften geistigen, bisweilen auch politisch-ämtermäßigen Anteil.¹¹⁷ Dass das 19. und auch das 20. Jahrhundert mentalitätsgeschichtlich gleichwohl antisemitisch durchgefärbt waren, steht damit nur zum Teil in Widerspruch.¹¹⁸

4. Verfassungsrechtstextgeschichte

Fragt man nach dem Stellenwert von Religion und religiöser Freiheit in Verfassungstexten, so muss man zunächst eine regionale und eine zeitliche Radizierung vornehmen, da kaum alle Verfassungstexte aller Zeiten und Regionen sinnvoll miteinander verglichen werden können. Beschränkt man sich auf Deutschland und erhebt das Bestehen echter Vollverfassungen zum Auswahlkriterium, so rückt damit, wenn man von den weit reichenden religionsrechtlichen Regelungen des Preußischen Allgemeinen Landrechts einmal absieht,¹¹⁹ das Zeitalter des so genannten (deutschen) Frühkonstitutionalismus in den Blick.¹²⁰ Der Begriff bezeichnet im weiteren Sinne eine Epoche vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis in das 19. Jahrhundert hinein; im engeren Sinne bezeichnet er eine politische Bewegung, die nach dem Zerfall des Heiligen

¹¹⁴ Zu frühen Formen des Antisemitismus vgl. *Walz*, Historische Zeitschrift 260 (1995), 719, der die Traditionslinien zwischen vormodernem und modernem Antisemitismus untersucht.

¹¹⁵ Vgl. dazu *Volkov*, Historische Zeitschrift 253 (1991), 603 (zu religiösen Milieus insb. 607).

¹¹⁶ *Sellin*, in: *Schieder/Sellin* (Hrsg.), Sozialgeschichte in Deutschland, Bd. 3, 1987, S. 101 ff.

¹¹⁷ S. für eine äußerst anregungsreiche, biographiegeschichtlich grundierte Perspektive auf diese Zusammenhänge *Stoll-eis*, Konstitution und Intervention, 2001, S. 130 ff., der insbesondere auch die immensen sozialen Anpassungsleistungen der jüdischen Akademiker thematisiert.

¹¹⁸ Beispielhaft sei hier aus dem Bereich der Kunst- und Kulturgeschichte auf die berüchtigte Schrift *Richard Wagners*, Das Judentum in der Musik, 1863, verwiesen; s. für eine historische Kontextualisierung die Auseinandersetzung bei *Fischer*, Richard Wagners „Das Judentum in der Musik“, 2000.

¹¹⁹ *Borowski* (Fn. 79), S. 23 ff.

¹²⁰ Dazu *Willoweit* (Fn. 1), S. 222 ff.

¹¹⁰ *Gotzmann*, Historische Zeitschrift 267 (1998), 313 dort zur Rechtslage im 18. Jahrhundert.

¹¹¹ S. zum Institut der Kammerknechtschaft *Battenberg*, Historische Zeitschrift 245 (1987), 545 der das Institut nicht nur rechtshistorisch, sondern vor allem auch in seiner sozialgeschichtlichen Funktion bewertet.

¹¹² S. zur Bedeutung des Wucherverbots, seiner Ausnahmen und der Diskriminierung von Juden aufgrund Wuchers *Gilomen*, Historische Zeitschrift 250 (1990), 265.

¹¹³ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51 (Lüth) = BVerfGE 7, 198; s. dazu *Henne/Riedlinger* (Hrsg.), Das Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus (rechts-)historischer Sicht, 2005.

Römischen Reiches Deutscher Nation 1806 und nach dem Wiener Kongress auf Verfassungsgebung in den deutschen Ländern drang.¹²¹

Die Verfassungen des Frühkonstitutionalismus¹²² waren in ihren Garantien von Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht präzedenzlos. So kannte schon das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 als große vernunftrechtliche Kodifikation eine Garantie der Gewissensfreiheit, in der sich das für den aufgeklärten Absolutismus Preußens kennzeichnende Toleranzdenken ausdrückte¹²³ – jeder sollte nach seiner Façon selig werden.

Die bayerische Verfassung vom 26.5.1818 sah in ihrem Titel IV unter § 9 als religionsrechtliche Basisbestimmung vor:

„Jedem Einwohner des Reichs wird vollkommene Gewissens-Freyheit gesichert; die einfache Haus-Andacht darf daher Niemanden, zu welcher Religion er sich bekennen mag, untersagt werden“.

Die badische Verfassung aus dem August 1818 regelte in ihrem § 18:

„Jeder Landeseinwohner genießt der ungestörten Gewissensfreyheit und in Ansehung der Art seiner Gottesverehrung des gleichen Schutzes“.

Die Verfassung des Königreichs Württemberg vom 25.9.1819 regelte im Kapitel III in § 27:

„Jeder ohne Unterschied der Religion genießt im Königreiche ungestörte Gewissens-Freiheit“.

Die Freiheitsgarantien der frühkonstitutionellen Verfassungen zielen, trotz Unterschieden im Detail insbesondere im Hinblick auf die Rechtsträgerschaft, auf einen ähnlichen Gehalt, nämlich die Freiheit des Gewissens als inneres Phänomen. Dies wird vor allem in der Formulierung der bayerischen Verfassung deutlich, die „daher“ das Recht der einfachen Hausandacht allen Religionen (nicht nur christlichen Konfessionen!) zubilligt.¹²⁴ Noch immer ist dahinter ein Verständnis zu sehen, welches das öffentliche religiöse Bekenntnis für tendenziell konfliktrichtig hält und die Ausübung des Glaubens, jedenfalls sofern er nicht der Mehrheitsgesellschaft entspricht, in das Private abdrängt. Die heutige grundrechtsdogmatische Kategorie von *forum internum* (hier: Gewissensfreiheit) und *forum externum* klingt also schon an, ist aber mit anderen Rechtsfolgen verknüpft. Wo das verfassungsrechtliche Freiheitsversprechen heute

gerade auch das *Handeln* nach Maßgabe des Glaubens schützt, bleiben die frühkonstitutionellen Verfassungen dahinter zurück. Zwar wurde die Entscheidungsfreiheit des Individuums anerkannt, praktische, genauer: öffentliche Konsequenzen sollte diese aber nicht haben. Die Sphäre der Öffentlichkeit wurde viel stärker als heute als eine staatlich reglementierte Sphäre begriffen, gleichsam unter hoheitlichem Zulassungsvorbehalt stehend. Alles sich in der Öffentlichkeit abspielende Handeln stand also in der Wahrnehmung der Zeitgenossen in einem engen Zusammenhang zum Staat. Daher kennen die frühkonstitutionellen Verfassungen stets auch Vorbehalte zugunsten von christlichen Konfessionen, wenn es um die Verquickung von staatlicher Sphäre und individuellem Bekenntnis in Gestalt eines Amtsträgers geht. So legte die bayerische Verfassung unter Titel IV fest:

„Die in dem Königreiche bestehenden drey christlichen Kirchen-Gesellschaften genießen gleiche bürgerliche und politische Rechte.“

Die nicht christlichen Glaubens-Genossen haben zwar vollkommene Gewissens-Freyheit, sie erhalten aber an den Staatsbürgerlichen Rechten nur in dem Maaße einen Antheil, wie ihnen derselbe in den organischen Edicten über ihre Aufnahme in die Staats-Gesellschaft zugesichert ist“.

Die Verfassung Badens regelte in § 9 des Titels II:

„Alle Staatsbürger von den drey christlichen Confessionen haben zu allen Civil- und Militärstellen und Kirchenämtern gleiche Ansprüche“.

Ähnlich heißt es in der württembergischen Verfassung:

„Den vollen Genuß der staatsbürgerlichen Rechte gewähren die drei christlichen Glaubens-Bekenntnisse. Andere christliche und nicht christliche Glaubens-Genossen können zur Theilnahme an den bürgerlichen Rechten nur in dem Verhältnisse zugelassen werden, als sie durch die Grundsätze ihrer Religion an der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten nicht gehindert werden“.

Es überrascht nicht, dass unter dem Eindruck des Vormärz und der liberalen Nationalstaatsbewegung, die für das 19. Jahrhundert mitprägend war, die Fragen von Glaubensfreiheit und konfessioneller Bindung an Bedeutung verloren. Einigkeit nach Innen zur Gewährleistung einer geschlossenen staatlichen Einheit nach Außen wurde wichtig, Differenzen im Inneren wurden daher rechtlich zunehmend eingeebnet. Daher wurden in allen hier genannten Verfassungen die staatsbürgerlichen Rechte zwischen 1834 (Gleichstellung der Angehörigen der (nicht-)unierten griechischen Kirchen in Bayern) bis 1871 (durch Reichsgesetz) vom religiösen Bekenntnis gelöst.

Bis heute hat sich die Trennung von staatlichem Amt und religiösem Bekenntnis mit allem Recht verfassungsrechtlich gehalten und findet sich nun in Art. 33 Abs. 3 S. 1 GG. Die sozialen Konflikte, die damit reguliert werden sollen, beste-

¹²¹ Näheres bei *Schulze*, Frühkonstitutionalismus in Deutschland, 2002, S. 49 ff.; *Schulz*, Verfassung und Nation, 2004, S. 99 ff.; *Boldt* (Fn. 40), S. 75 ff.

¹²² Für einen Überblick zu den Gegenständen vgl. *Boldt* (Fn. 40), S. 78 ff.

¹²³ *Hilker*, Grundrechte im Frühkonstitutionalismus, 2005, S. 126 ff.

¹²⁴ Vgl. auch *Hilker* (Fn. 123), S. 245 f.

hen allerdings fort, wenn man an die integrationspolitischen Kontroversen um Lehrerinnen, Schöffinnen und Richterinnen denkt, die in Ausübung ihres Amtes ein Kopftuch tragen wollen. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Art. 4 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes

„Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich“.

bleibt also auch in der Gegenwart ein Versprechen, dessen „uneingeschränkte“ und das heißt vor allem: *gleiche* Einlösung für alle Bürger nach wie vor Gegenstand verfassungsrechtlicher Kontroverse ist.

VI. Ausblick mit Rückblick

Ausblicke, Ergebnisse und Résumés am Ende wissenschaftlicher Texte beinhalten zumeist ausdrücklich, bisweilen implizit, den Anspruch, kondensierten Sinn zu vermitteln und wissenschaftliche Zwecke zu bestimmen und zu begründen. Die Frage nach dem „Sinn“ ist auch eine Frage, die das Nachdenken über Geschichte immer schon begleitet hat. Dem Juristen ist sie latent sympathisch, denn großer Sinn und letzte Zwecke – telos – suggerieren Eindeutigkeit und Eindeutigkeit verspricht Bewertbarkeit – und Bewertung ist das Handwerk des Juristen. So einfach verhält es sich hier, wenig überraschend, allerdings nicht.

Eine Reformulierung der Frage nach dem Sinn der Geschichte ist die Frage nach ihrem Ziel: Ob es ein solches gibt oder nicht, ob wir darauf zusteuern oder nicht, was dieses Ziel sein könnte und was wir tun müssen, um es zu erreichen (oder zu vermeiden!). Historiker hat diese Frage immer schon beschäftigt, weil sie in das Herz ihrer Wissenschaft zielt. Philosophen haben sich diese Frage gestellt, weil ein etwai-ges Ziel der Geschichte Prognostizierbarkeit von Entwicklungen begründete und die menschliche Neugierde auf Zukünftiges befriedigte. Die politikphilosophische Erzählung des historischen Materialismus in der Tradition von *Karl Marx* (1818-1883) und *Friedrich Engels* (1820-1895) hat mit dem Sozialismus/Kommunismus ein solches Ziel postuliert, hat damit aber wie alle „großen Erzählungen“ (*Jean-François Lyotard* [1924-1998]) unserer Zeit einstweilen nicht recht behalten. Andere Denker sind der These vom Sinn der Geschichte entgegengetreten, darunter im 20. Jahrhundert zum Beispiel der liberale Philosoph *Karl A. Popper* (1902-1994) in seinem berühmten Buch über „Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“.¹²⁵

Gegenüber diesen theoretischen Großentwürfen eines „entweder – oder“ dominieren in der historischen Praxis „middle range theories“ (*Robert K. Merton* [1910-2003]), mit denen eingegrenzte historische Prozesse interpretiert und bewertet werden,¹²⁶ zum Beispiel in Theorien der Industrialisierung oder der Nationalstaatsbildung. Die damit verbundene „Mittelfristigkeit“ der Erkenntnisperspektive einerseits

und die mittlere theoretische Abstraktionshöhe andererseits bieten dem verfassungshistorisch interessierten Juristen, der sich mit letzten Deutungen, absoluten Wahrheiten und „grand theories“ kraft Amtes ohnehin zurückhalten sollte, griffige Ansatzpunkte für eigenständige Deutungsansätze, weil sie Geschichte handhabbar segmentieren, sachlich und/oder zeitlich.

Mit einem solchen, theoretisch weit zurückgenommenen Ansatz lässt sich auch etwas über den Sinn von verfassungsgeschichtlicher Betrachtung sagen: Letzte, „ewige und endgültige“ Aussagen über die Bedeutung und das Ziel von Verfassung und Verfassungsrecht sind von ihr nicht zu erwarten. Sie erhellt aber die historische Funktion und die Entwicklung des Verfassungsrechts und kann für bestimmte Zeiten und auch für die Gegenwart Aussagen über das Herkommen von Verfassung und Verfassungsrecht machen. Verfassungsgeschichte trägt, wie die Rechtsgeschichte insgesamt, zum Verständnis der Relativität und Zeitgebundenheit jeder juristischen Erkenntnis bei. Sie lehrt den Juristen Skepsis und Distanz gegenüber eigenen fachlichen Gewissheiten und macht ihn damit weniger anfällig für Verabsolutierungen und Exzesse.

Ins Rechtliche gewendet lässt sich sagen: Durch den Abschied von letzten Sinnerwartungen als Zielerwartungen rückt das Ideal eines „ewigen Friedens“ als Ziel der Geschichte (und nebenbei, auch des Rechts) vielleicht nicht in unerreichbare Ferne.¹²⁷ Was die Verfassungsgeschichte dabei lehrt, ist die Tatsache, dass ein solch hochgestecktes, im doppelten Wortsinne idealistisches Ziel nicht selbstverständlich zu erreichen ist. Es verlangt die permanente Pflege der Verfassung und des Verfassungsrechts durch alle Mitglieder der „Offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ (*Peter Häberle*), die sinnvoll nur auf verfassungsgeschichtlicher Grundlage erfolgen kann.

VII. Zum Weiterlesen

- Zum Methodischen: *Stolleis*, Rechtsgeschichte schreiben – Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?, 2008; Goertz (Hrsg.), Geschichte, 3. Aufl. 2007; *Brunner*, Historische Zeitschrift 209 (1969), 1.
- Zur Grundrechtsgeschichte: *Kröger*, Grundrechtsentwicklung in Deutschland, 1998.
- Kurzdarstellungen: *Roßner*, Verfassungsgeschichte, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 2010, § 6; *Stolleis*, Rechtsgeschichte, Verfassungsgeschichte, in: Goertz, (Hrsg.), Geschichte, 3. Aufl. 2007, S. 391 ff.
- Gesamtdarstellungen von Historikern: *Fenske*, Der moderne Verfassungsstaat, 2001; *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, 3. Aufl. 2002.
- Gesamtdarstellungen von Juristen: *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 6. Aufl. 2009; *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 10. Aufl. 2011.
- Zum Vertiefen: *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 4. Bd., 1988-2012.

¹²⁵ *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 2, Aug. 2003, insbesondere S. 304 ff.

¹²⁶ *Herbst* (Fn. 10), S. 108 f.

¹²⁷ *Kant*, in: Höffe (Hrsg.), Immanuel Kant, Zum ewigen Frieden, 3. Aufl. 2011; s. zur Geschichtsphilosophie *Kants Herbst* (Fn. 10), S. 114 ff.