

Kai Engelbrecht

## Verfassungsrechtliche Fragen der Einführung von Ethikunterricht in den öffentlichen Schulen des Landes Berlin

### 1 Einführung

Ob an den öffentlichen Schulen des Landes Berlin ein für alle verbindlicher Werteunterricht einzuführen sei, war eine kontrovers erörterte rechtspolitische Frage. Sie stellte sich innerhalb eines im Vergleich zu anderen Bundesländern erweiterten politischen Handlungsraums, weil Berlin durch Art. 141 GG der höchstrichterlich bestätigten Praxis zufolge<sup>1</sup> von der Garantie des Religionsunterrichts (Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG) dispensiert ist. Ein Landesparteitag der Berliner SPD hat zur Frage eines Werteunterrichts im vergangenen Jahr beschlossen:

„Grundwerte wie Freiheit, Gleichheit, Gerechtigkeit, Solidarität und Toleranz müssen im zusammenwachsenden Europa verstärkt vermittelt werden, insbesondere angesichts zunehmenden rechtsextremen fundamentalistischen und Frauen diskriminierenden Denkens bei Jugendlichen. (...) Eine zeitgemäße, wertebezogene Bildung erfordert gerade in der pluralen Metropole Berlin integrative Unterrichtsformen, bei denen Schülerinnen und Schüler unterschiedlicher politischer und religiöser, bzw. weltanschaulicher Auffassungen sich GEMEINSAM mit Fragen der Werteorientierung, mit unterschiedlichen Weltreligionen, Weltanschauungen und Lebensauffassungen beschäftigen und im Dialog lernen, eigene Vorstellungen weiterzuentwickeln, fremde Auffassungen und Lebensformen zu respektieren und zu verstehen. Die SPD Berlin setzt sich deshalb für die Einführung des Faches LER als Pflichtfach ohne eine Abmeldeklausel ein.“<sup>2</sup>

Die Vorgaben sind notwendig allgemein und lassen ein pädagogisches Konzept nur in Umrissen erkennen. Der mittlerweile vorgelegte Rahmenlehrplan für ein Unterrichtsfach Ethik zeigt jedoch, dass nicht lediglich die Übernahme des Konzepts „Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde“ geplant ist. Das Land Brandenburg hat LER<sup>3</sup> als ordentliches Lehrfach<sup>4</sup> eingeführt. LER ist aus einem mehrjährigen Modellversuch<sup>5</sup> der Nachwendezeit hervorgegangen und soll Grundlagen für eine wertorientierte Lebensgestaltung, Wissen über Traditionen philosophischer Ethik und Grundsätze ethischer Urteilsbildung sowie über Religionen und Weltanschauungen vermitteln<sup>6</sup>. Den normativen Vorgaben zufolge wird LER unter Geltung eines besonderen Tole-

<sup>1</sup> BVerwGE 110, 326 (331 ff.), näher unten 2.2.

<sup>2</sup> Beschlussfassung des Landesparteitags der Berliner SPD vom 9.4.2005, <http://www.berlin.spd.de/servlet/PB/show/1548585/BeschlussfassungLeitantragBildungLPT09.04.05endfassung.pdf>. Hervorhebung im Originaltext.

<sup>3</sup> Aus dem aktuellen religionspädagogischen Schrifttum zu LER: *Edelstein* (Hrsg.), *Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde*, 2001; *Fauth*, *Religion als Bildungsgut – Sichtweisen in Staat und evangelischer Kirche*, 2000; *Fauth*, *Religion als Bildungsgut – Sichtweisen weltanschaulicher und religiöser Minderheiten*, 1999; *Gruehn/Thebis*, *Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde*, 2002.

<sup>4</sup> Lehrpläne: *Ministerium für Bildung, Jugend und Sport* (Hrsg.), *Rahmenlehrplan Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde*, Grundschule (Nr. 202041.04) und Sekundarstufe I (Nr. 302041.04), unter <http://www.bildung-brandenburg.de>.

<sup>5</sup> Zum Ablauf des „Modellversuchs LER“: *Mehrle*, *Trennung vom Staat – Mitarbeit in staatlichen Institutionen*, 1998, S. 207 ff. (knapp); *Schönbrunn*, *Der Modellversuch „Lebensgestaltung – Ethik – Religion“ (LER) als bildungspolitisches Projekt im Streit zwischen Staat und Kirche*, 2002 (erschöpfend, auch zur Vorgeschichte).

<sup>6</sup> § 11 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes über die Schulen im Land Brandenburg vom 12.4.1996 (GVBl. I S. 102 – BbgSchulG), zuletzt geändert durch Artikel 2 Ges. vom 24.5.2005 (GVBl. I S. 196).

ranzgebots<sup>7</sup> bekenntnisfrei, religiös und weltanschaulich neutral unterrichtet<sup>8</sup>. Die Befreiung von der Teilnahme zugunsten des Religionsunterrichts ist möglich<sup>9</sup>. Die gesetzliche Regelung beruht auf einem Vergleich<sup>10</sup>, den das Land Brandenburg in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht um die Vereinbarkeit der bisherigen Regelungen mit dem Grundgesetz schloss. Darin verpflichtete sich die Landesregierung, in den Landtag einen vom Bundesverfassungsgericht vorgeschlagenen<sup>11</sup> Gesetzentwurf einzubringen, der mit den erlassenen Regelungen<sup>12</sup> im Wesentlichen wörtlich übereinstimmte.

Bei einem Vergleich des Berliner Ansatzes mit den Grundgedanken von LER werden zumindest zwei wesentliche Unterschiede deutlich: Besteht bei LER die Möglichkeit einer Befreiung, soll das Unterrichtsfach Ethik ohne Alternative für alle Schüler verpflichtend sein. Eine weitere Differenz liegt in der Form des Unterrichts. Erinnert sei zunächst an zwei Grundkonzepte von Werteerziehung, mit den Worten einer Schrift aus dem Bereich der US-amerikanischen *values education*:

„Proponents of *values clarification* assume that young people are or should be capable of making their own decisions concerning appropriate values and hence advocate a pedagogy designed to facilitate or stimulate these decisions. Proponents of *values instruction* believe that the responsibility for identifying appropriate values lies with the schools, the adult community and/or the state, and thus the task of values education is to meaningfully convey the socially approved values to young people.“<sup>13</sup>

Das von der Berliner Landesregierung favorisierte Konzept steht in erkennbarer Nähe zur *values instruction*. So bezeichnet der Rahmenlehrplan als Ziel des Unterrichts:

„Sie lernen, menschliches Handeln in alltäglichen und existenziellen Erscheinungsformen unter dem Gesichtspunkt seiner Bedeutung für das gelingende Leben und der Gebundenheit an moralische Basisnormen wahrzunehmen, diese zu reflektieren und zu erkennen, dass die Grundrechte, wie sie im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in der Berliner Landesverfassung und in den §§ 1 bis 3 des Schulgesetzes für Berlin festgeschrieben sind, eine notwendige Grundlage des zivilen Zusammenlebens bilden. Dabei gewinnen die Schülerinnen und Schüler Orientierung für ein selbstbestimmtes und verantwortlich geführtes Leben.“<sup>14</sup>

Im Unterschied dazu formuliert der entsprechende Rahmenlehrplan für LER:

„Das Fach L-E-R gründet sich auf den Wertkonsens der Verfassung des Landes Brandenburg, des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland und der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und ist in seinem erzieherischen Bemühen und Bildungsinhalten an diesem Wertkonsens ausgerichtet.

<sup>7</sup> § 11 Abs. 3 S. 2 BbgSchulG. Zum schulrechtsgeschichtlichen Hintergrund von Toleranzgeboten *Stock*, Islamunterricht: Religionskunde, Bekenntnisunterricht oder was sonst?, 2003, S. 24.

<sup>8</sup> § 11 Abs. 3 S. 1 BbgSchulG.

<sup>9</sup> § 11 Abs. 3 S. 3 und 4 BbgSchulG.

<sup>10</sup> Zum Vergleich im verfassungsgerichtlichen Verfahren: *Wolff*, Der Vergleichsvorschlag des Bundesverfassungsgerichts in den Verfahren um das Brandenburgische Schulgesetz (LER) – Verfahrensfortbildung contra legem, EuGRZ 2003, S. 463 ff.

<sup>11</sup> BVerfGE 104, 305 (308 f.). Spekulativ zu einem ‚virtuellen‘ Urteil des Bundesverfassungsgerichts *Stock* (Anm. 7), S. 37 ff.

<sup>12</sup> Drittes Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Schulgesetzes vom 10.7.2002 (GVBl. I S. 55); Gesetzgebungsmaterialien (Auswahl): Gesetzentwurf: LTDrs. 03/4148; Plenarprotokolle: 03/54 (1. Lesung), 03/58 (2. Lesung); Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Bildung, Jugend und Sport (ABJS): LTDrs. 03/4498; Anhörung: APr. ABJS 03/576 I; Ausschussprotokolle: APr. ABJS 03/567, 03/576 II, 03/588 I.

<sup>13</sup> *Cummings/Gopinathan/Tomoda*, The Revival of Values Education, in: dies. (Hrsg.), The Revival of Values Education in Asia and the West, 1988, S. 3 (5). Hervorhebungen nicht im Originaltext.

<sup>14</sup> *Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Sport* (Hrsg.), Ethik. Rahmenlehrplan für die Sekundarstufe I, unter: <http://www.lisum.de>, S. 10.

Sollte er im konkreten Unterricht verbal infrage gestellt oder durch Handlungen verletzt werden, so sind vor allem die Lehrkräfte zu argumentativem und schützendem Eingreifen verpflichtet.“<sup>15</sup>

Berliner Ethikunterricht zielt offenbar darauf, allen Schülern bestimmte, in der Rechtsordnung vorzufindende Werte beizubringen. Entsprechend bestimmt der am 1.8.2006 in Kraft getretene § 12 Abs. 6 n. F.<sup>16</sup> des Schulgesetzes für das Land Berlin unter anderem:

„Das Fach Ethik orientiert sich an den allgemeinen ethischen Grundsätzen, wie sie im Grundgesetz, in der Verfassung von Berlin und im Bildungs- und Erziehungsauftrag der §§ 1 und 3 niedergelegt sind. Es wird weltanschaulich und religiös neutral unterrichtet.“

Eine solche Ausrichtung stellt in der bildungspolitischen Landschaft Deutschlands<sup>17</sup> ein Novum dar. Daran knüpfen spezifische verfassungsrechtliche Probleme. Einige davon sollen hier zur Sprache kommen: Das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität steht einer *values instruction* nur bei einer Neuformulierung nicht entgegen, die Hergebrachtes in Frage stellt (2.1). Von Bedeutung sind ferner Art. 141 GG und die Garantie des Religionsunterrichts (2.2), das elterliche Erziehungsrecht sowie die Religionsfreiheit der Schüler (2.3). Schließlich sind die Vorgaben des Parlamentsvorbehalts zu beachten (3).

## 2 Materielle Vorgaben

In Art. 7 Abs. 1 GG hat sich der Staat die Aufsicht über das Schulwesen als eigene Aufgabe zugewiesen. Die Schulhoheit umfasst die Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zu Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens<sup>18</sup>. Der Staat kann die Schulhoheit unter den Vorgaben der Kompetenzzuweisungen<sup>19</sup> des Grundgesetzes sowohl durch legislative als auch durch exekutive Maßnahmen ausüben. Er kann insbesondere neue Schulfächer einrichten<sup>20</sup> sowie die Ziele und Inhalte des Unterrichts bestimmen<sup>21</sup> und in Lehrplänen niederlegen. Er ist dabei wie stets an die Vorgaben höherrangigen Rechts gebunden.

### 2.1 Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität

Im Vordergrund steht dabei das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität. Der Maßstab hat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine spezifische Ausformung erfahren (2.1.1); ob diese ihm aber die Konsistenz gibt, die für die berechenbare Anwendung als Rechtsatz notwendig ist, erscheint zweifelhaft. Der hier vorgestellte Ansatz sucht nach den verfassungsdogmatischen Wurzeln eines allgemeinen Neutralitätsgebots (2.1.2), entwickelt eine entgegengesetzte Regel, das Gebot vorbehaltloser Identifikation (2.1.3), und gewinnt daraus eine

<sup>15</sup> *Ministerium für Bildung, Jugend und Sport* (Hrsg.), *Rahmenlehrplan Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde, Sekundarstufe I* (Anm. 4), S. 32.

<sup>16</sup> Durch das Ges. vom 30.3.2006 (GVBl. S. 299). Gesetzgebungsmaterialien (Auswahl): Gesetzentwurf: AbgHdRs. 15/4698; Plenarprotokolle: 15/81 (1. Lesung), 15/83 (2. Lesung); Ausschußprotokoll: Apr. Ausschuß für Jugend, Familie, Schule und Sport 15/73.

<sup>17</sup> Zu dieser im Hinblick auf den Gegenstandsbereich Religion, Ethik, Philosophie und Lebenskunde *Erwin*, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Schulfach Ethik/Philosophie*, 2001, S. 206 ff.

<sup>18</sup> BVerfGE 47, 46 (80); ähnlich schon BVerfGE 34, 165 (182) und 26, 228 (238); BVerwG Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 169; NJW 1976, 864 m.w.N.; OVG NW NVwZ-RR 2003, 559 (561); vgl. auch BayVerfGH VerfGH n. F. 47, 276 (293) zu Art. 130 Abs. 1 BV.

<sup>19</sup> Zum Verhältnis von Aufgabe und Kompetenz *Isensee*, in: HdStR, Bd. 3, 1988, § 57 Rn. 140 f.; *Weiß*, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, S. 140 f.; *Bull*, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 1973, S. 52 ff.

<sup>20</sup> BVerwGE 107, 75 (78 f.).

<sup>21</sup> BVerwGE 107, 75 (78); 64, 308 (313); 47, 194 (198); vgl. auch BVerfGE 53, 185 (196); 45, 400 (415); 34, 165 (182); BayVerfGH VerfGH n. F. 47, 276 (293 f.).

Struktur, die dem Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität Konturen verleiht; er verspricht auch für die Frage des Werteunterrichts eine weniger dezisionistische Antwort (2.1.4).

### 2.1.1 Rechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht leitet das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität aus einer Gesamtschau von Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG, Art. 136 Abs. 1 und 4 sowie Art. 137 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG ab<sup>22</sup>. Der Staat sei Heimstatt aller Bürger<sup>23</sup> und verpflichtet, alle Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften am Gleichheitssatz orientiert zu behandeln, keine staatskirchlichen Strukturen zu errichten, Bekenntnisse zu privilegieren oder Andersgläubige ausgrenzen<sup>24</sup>. Ihm sei verboten, sich in die inneren Angelegenheiten einer Religionsgemeinschaft einzumischen<sup>25</sup>, mit einer bestimmten Weltanschauung oder Religion zu identifizieren<sup>26</sup> oder deren Inhalte zu bewerten<sup>27</sup>. Anknüpfend an die Erkenntnis, dass Art. 4 Abs. 1, 2 GG neben der abwehrrechtlichen Seite auch den Raum für eine aktive Betätigung von Glaubensüberzeugungen sichere<sup>28</sup>, versteht das Bundesverfassungsgericht das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität nicht distanzierend, sondern als eine übergreifende, die Glaubensfreiheit aller Bekenntnisse fördernde Haltung<sup>29</sup>. Im Schulverhältnis soll sich aus dem Neutralitätsgebot ein Verbot der Indoktrinierung ergeben<sup>30</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Gedanken aufgegriffen und das Indoktrinierungsverbot in seiner Rechtsprechung weiter entfaltet. Das Verbot ziele darauf, den Missbrauch der staatlichen Erziehungsgewalt zu verhindern; dem Staat sei untersagt, die Erziehung in der öffentlichen Schule in den Dienst bestimmter weltanschaulicher, ideologischer oder politischer Richtungen zu stellen, „in umstrittenen, die Öffentlichkeit berührenden Fragen“ dürfe „nicht die eine Seite verteufelt, die andere Seite verherrlicht werden“<sup>31</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht nimmt an, dass sich das Neutralitätsgebot auf den staatlichen Erziehungsauftrag bezogen im Verbot der Indoktrinierung erschöpfe<sup>32</sup>.

Die Rechtsprechung vereinigt im Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität abwehrende und fördernde Gehalte. Sie enthält sich der Zuordnung des Neutralitätsgebots zu einer dogmatischen Kategorie; wie die aufgestellten Sollenssätze mit dem Neutralitätsgebot verknüpft sind und in welchem Verhältnis sie zum Verfassungsgesetz<sup>33</sup> stehen, bleibt ebenfalls im Dunkeln. Wo nichts Genaues gesagt wird, scheint wenig angreifbar; die aus dem Neutralitätsgebot als einer Art black box herausspringenden Postulate sind so formuliert, dass ihnen breite Zustimmung sicher ist. Ein solchermaßen dogmatisch ungebändigtes Neutralitätsgebot ist flexibel, mit ihm lassen sich im Bedarfsfall diejenigen Ergebnisse gewinnen, die außerrechtliche Wertungen zu gebieten scheinen, es ist Opportunismen zu dieser oder jener Seite prinzipiell offen.

<sup>22</sup> BVerfGE 108, 282 (299); 93, 1 (17); 19, 206 (216).

<sup>23</sup> BVerfGE 108, 282 (299); 19, 206 (216).

<sup>24</sup> BVerfGE 108, 282 (299); 93, 1 (17).

<sup>25</sup> BVerfGE 99, 100 (126).

<sup>26</sup> BVerfGE 108, 282 (300); 93, 1 (17); vgl. auch BVerfGE 30, 415 (423).

<sup>27</sup> BVerfGE 108, 282 (300); 12, 1 (14).

<sup>28</sup> BVerfGE 108, 282 (300); 52, 223 (250 f.); 41, 29 (49).

<sup>29</sup> BVerfGE 108, 282 (300).

<sup>30</sup> BVerfGE 47, 46 (76 f.).

<sup>31</sup> BVerwGE 79, 298 (301); ähnlich BVerwGE 107, 75 (80, 82); aus der aktuellen Rechtsprechung der Instanzgerichte etwa VGH BW NVwZ-RR 2003, 561 (565).

<sup>32</sup> BVerwGE 79, 298 (301 f.).

<sup>33</sup> Als Verfassungsgesetz wird hier wie im Folgenden das ranghöchste Normgefüge staatlichen Rechts bezeichnet, in Deutschland also das Grundgesetz; der Begriff der Verfassung ist dem in Rechtsnormen gefassten Gesamtzustand politischer Einheit und Ordnung vorbehalten, vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 3, 20 ff.

### 2.1.2 Verfassungsrechtliche Grundlagen eines allgemeinen Neutralitätsgebots

Das Neutralitätsgebot ist eine notwendige Regel<sup>34</sup> in einer freiheitlichen und säkularen Ordnung. Konstituiert wird es durch einige Wirkungen der staatlichen Souveränität im Zusammenspiel mit bestimmten Grundrechten.

2.1.2.1 Der Staat ist ein empirisches Datum. Er verfügt auf seinem Gebiet über a priori weder beschränkte noch rechtlich gebundene Macht. Diese Macht zeigt sich in der Befugnis, über die eigene Verfassung zu entscheiden<sup>35</sup>. Der Staat kann nicht durch eine Verfassung, die Verfassung nur durch einen Staat entstehen. In der Verfassung legt der Staat fest, welche Grundsätze seine Existenz bestimmen sollen, die Verfassung bilden dabei nicht nur die Leitlinien des Verfassungsgesetzes, sondern gleichermaßen deren Ausdifferenzierungen in allen Normen, die der Staat als verbindlich anerkennt. Die rechtlichen Bindungen, die sich der Staat auferlegt, sind stets Selbstbindungen. Dem stehen Normen, die bestimmte Änderungen des Verfassungsgesetzes ausschließen (etwa Art. 79 Abs. 3 GG) nicht entgegen: Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich auf ändernde Gesetze, nicht auf die Betätigung der verfassungsgebenden Gewalt<sup>36</sup>. Gerade deren (zu jeder Zeit latentes) Vorhandensein zeichnet den Staat gegenüber anderen Agglomerationen von Macht aus; sie begründet sein Wesen als politische Einheit des in ihm organisierten Volkes<sup>37, 38</sup>.

Die Aufgabenordnung steht in einem Staat unter dem Vorzeichen der mit der Staatsgewalt verknüpften potentiellen Allzuständigkeit<sup>39</sup>: Der Staat handelt unter einer „General- und Blankovollmacht, sich in freier Entschließung und eigener Verantwortung diejenigen Aufgaben stellen zu dürfen, die er wegen der zu bewältigenden Lagen für erforderlich hält“<sup>40</sup>. Er kann Aufgaben beschreiben und verbindlich mit Wirkung gegen jedermann zuweisen; ordnet sich der Staat eine Aufgabe selbst zu, wird sie zur Staatsaufgabe<sup>41</sup>. Anderen Rechtsträgern fehlt eine potentielle Allzuständigkeit: Ihnen sind bestimmte Aufgaben – etwa die originären Staatsaufgaben<sup>42</sup> – von vornherein verschlossen, der Zuweisungsakt selbst ist den Beschränkungen unterworfen, die die staatliche Rechtsordnung setzt; diese schließt in der Regel die Zuweisung an einen anderen aus.

Mit der Begründung einer Staatsaufgabe entscheidet der Staat zugleich über die Lage der Grenze zwischen ihm und der Gesellschaft. Ob diese beiden Bereiche unterscheidbar seien oder auf unentwirrbare Weise miteinander verknüpft, ist seit langem Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion. Jedenfalls für die Aufgabenordnung ist eine Differenzierung nicht nur möglich, sondern auch geboten: Staatliche und gesellschaftliche Aufgaben sind typischerweise exklusiv zugeordnet; gemeinsame Aufgaben bilden die Ausnahmen. Unter einer freiheitlichen und säkularen Verfassung folgt die Aufgabenerfüllung nicht in beiden Bereichen derselben Rationalität. Der allzustän-

<sup>34</sup> Zum Regel-Charakter des Neutralitätsgebots *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 658 ff.; Regel als Gegenstück zum Prinzip: *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 71 ff.

<sup>35</sup> Verfassung als Entscheidung: *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 75 f.

<sup>36</sup> *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 82 ff.

<sup>37</sup> Vgl. *C. Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 2. A. 1963, S. 20.

<sup>38</sup> Kritisch zu einem Verständnis des Staates als „Gegenstand und Voraussetzung der Verfassung“ (*Isensee*, in: HdStR, Bd. 2, 3. A. 2004, § 15 Rn. 192) *Häberle*, Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre, AöR 111 (1986), S. 595 (600 f.); *Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 261 ff.

<sup>39</sup> *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 189.

<sup>40</sup> *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 760 f.

<sup>41</sup> *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG, Bearb. 2005, Art. 30 Rn. 9, 11.

<sup>42</sup> Vgl. BVerfG NJW 1998, 218 (219); DNotZ 1998, 678; BVerfGE 73, 289 (292); ferner *Isensee* (Anm. 39), S. 167 ff.; *Kirmer*, Der Begriff der öffentlichen Aufgabe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1995, S. 79 ff. m.w.N.

dige Staat ist potentiell total: Niemand kann ihn daran hindern, immer mehr Aufgaben an sich und den Kreis der der Gesellschaft überantworteten zunehmend enger zu ziehen<sup>43</sup>.

Die umfassende nichtabgeleitete öffentliche Gewalt des Staates äußert sich nicht nur in einer Aufgabenkompetenz unter dem Vorzeichen der potentiellen Allzuständigkeit. Sie ergreift alle ihr Unterworfenen mit geradezu unausweichlicher Bestimmtheit: Nicht einmal die Emigration kann den staatlichen Zugriff vollständig beenden<sup>44</sup>. Im Rahmen der Aufgabenerfüllung ermächtigt die Staatsgewalt zur einseitigen Begründung verbindlicher Verhaltensnormen in den dafür vorgesehenen Formen des öffentlichen Rechts, dem Gesetz im materiellen Sinn und dem Verwaltungsakt (Rechtsetzungsmonopol<sup>45</sup>). Dem steht die Existenz privat erlassener Normen – etwa von Vereinssatzungen, Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder technischen Regeln – nicht entgegen. Das Rechtsetzungsmonopol ist wie die Allzuständigkeit potentiell umfassend; dem Staat obliegt, zu entscheiden, inwieweit er es in Anspruch nimmt oder seine Rechtsordnung einer Ausfüllung durch Normen anderer Quelle öffnet. Maßgeblich ist, dass allein der Staat über die Bedingungen bestimmt, zu denen diese Normen den eigenen, aus sich heraus als Recht qualifizierten gleichzuachten sein sollen<sup>46</sup>. Ebenfalls dem Staat vorbehalten ist die Durchsetzung der einseitig auferlegten Verhaltensnormen durch Anwendung von Zwangsmitteln (Gewaltmonopol<sup>47</sup>).

In diesen beiden Aspekten öffentlicher Gewalt zeigen sich Unterschiede zwischen staatlichem und gesellschaftlichem Bereich: Einer nichtstaatlichen Korporation anzugehören, steht im Belieben der privatautonomen Gestaltung des Einzelnen. Wer einer Partei oder einem Fußballverein beitreten möchte, den können nur die Statuten daran hindern; wer von seiner Religions- oder Aktiengesellschaft genug zu haben meint, tritt aus oder verkauft die Anteile. Die den Mitgliedern gegenüber gesetzten Normen können Verbindlichkeit nicht auf Grund des Normsetzungsaktes erlangen, sondern wegen des Rechtsetzungsmonopols nur durch einen Geltungsbefehl der staatlichen Rechtsordnung<sup>48</sup>; die Durchsetzung mit Zwangsmitteln ist dem Staat vorbehalten.

2.1.2.2 Den Staat trifft in Erfüllung seiner Aufgaben eine Verpflichtung auf das Gemeinwohl<sup>49</sup>. Darin findet die Allzuständigkeit ihre Rechtfertigung. Sie besteht um des Gemeinwohls willen. In einem von Verfassungen unabhängigen Kontinuum bildet die Allzuständigkeit das Mittel, das Gemeinwohl den Zweck staatlicher Finalität: „Salus Reipublicae suprema lex esto.“<sup>50</sup> Eine Struktur, die Allzuständigkeit in Anspruch nimmt, ohne ihr Wirken auf das Gemeinwohl auszurichten, ist nicht wert, „Staat“ genannt zu werden. Das Gemeinwohl ist der Inbegriff der öffentlichen Interessen<sup>51</sup>. Es stellt den Rationalitätsmaßstab im staatlichen Aufgabenkreis. Für die Aufgaben, die der

<sup>43</sup> Vgl. *Krüger* (Anm. 40), S. 761 f.

<sup>44</sup> So können auch natürliche Personen ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland einkommensteuerpflichtig sein: § 1 Abs. 4 EStG.

<sup>45</sup> *Krüger* (Anm. 40), S. 769 f.

<sup>46</sup> Zum Rechtsetzungsmonopol *Ossenbühl*, in: HdStR, Bd. 3, 1988, § 61 Rn. 31; Einzelheiten der Diskussion um die Frage des staatlichen Rechtsetzungsmonopols bei *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, 1987, S. 107 ff., mit der These eines (nur) sektoralen Rechtsetzungsmonopols auf S. 126 f.

<sup>47</sup> Zum Gewaltmonopol im Überblick *Isensee*, in: HdStR, Bd. 2, 3. A. 2004, § 15 Rn. 86 m.w.N.

<sup>48</sup> So nimmt das Bundesverfassungsgericht an, dass Tarifverträge Recht zwischen den (Mitgliedern der) Vertragsparteien schaffen, BVerfGE 55, 7 (23) und 28, 295 (304); die Verleihung der Rechtsqualität ergibt sich dabei bereits aus Art. 9 Abs. 3 GG, eine Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 Abs. 1 TVG (dazu BVerfGE 44, 322 [345]) dehnt lediglich den persönlichen Geltungsbereich aus. Im Einzelnen zu Fragen der Anerkennung *Kirchhof* (Anm. 46), S. 140 ff.

<sup>49</sup> BVerfGE 33, 125 (159); *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 20; *Link*, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), S. 7 (19 f.). – Eine verfassungsgesetzliche Formulierung der Gemeinwohlverpflichtung findet sich etwa in Art. 3 Abs. 1 S. 2 BV.

<sup>50</sup> *Matthiae*, Theatrum historicum theoretico-practicum pp., 3. A. 1668, S. 130 nach *Cicero*, De legibus III.3: „Ollis salus populi suprema lex esto.“

<sup>51</sup> *Uerpmann* (Anm. 49), S. 26 f.

Gesellschaft überlassen bleiben, entspricht dem Gemeinwohl das partikulare Wohl als Rationalitätsmaßstab, in dem sich die autonom gesetzten individuellen Interessen der Bürger abgebildet finden. Die Unterscheidung des staatlichen und des gesellschaftlichen Aufgabenkreises nach dem jeweils maßgeblichen Rationalitätsmaßstab ist im Alltag staatlichen wie auch gesellschaftlichen Handelns häufig verdunkelt. So kann der Staat durchaus partikulare Interessen begünstigen, indem er Leistungen gewährt, etwa eine Genehmigung ausspricht oder finanzielle Vorteile zukommen lässt. Die Bindung an das Gemeinwohl ist als Vorgabe zu verstehen, die auf beliebige Weise verfolgt werden kann; decken sich die Anforderungen, die das Gemeinwohl im jeweiligen Fall stellt, mit dem, was den partikularen Interessen entspricht, darf der Staat durchaus zu deren Gunsten handeln; die Annahme eines notwendigen Gegensatzes von Gemeinwohl und partikularen Interessen wäre verfehlt. Auch das gesellschaftliche Wirken ist nicht auf die Verfolgung partikularer Interessen beschränkt: Wird angestrebt, was dem Gemeinwohl entspricht, bedeutet dies nicht, dass der jeweils Handelnde die Grenze zum staatlichen Aufgabenkreis überschreite. Das Verhältnis von Gemeinwohl und partikularem Wohl ist nicht strukturell antagonistisch. Die Verpflichtung des Staates auf das Gemeinwohl betrifft ein Letztziel; welche Interessen im Zuge der Verfolgung des Gemeinwohls gefördert werden, ist solange ohne Bedeutung, wie das Letztziel nicht aus dem Blickfeld tritt. Dem Staat ist allein verboten, die Gemeinwohlbindung überhaupt zu verlassen und seine Machtmittel in den Dienst partikularer Interessen zu stellen. Ein entsprechendes Verbot besteht für die Aufgabenträger der Gesellschaft nicht. Die freiheitliche Ordnung stellt die Auswahl dessen, was als partikulares Wohl verfolgt werden soll, vollständig zur Disposition: Frei steht dabei auch die Identifikation mit dem Gemeinwohl, und für bestimmte gesellschaftliche Aufgabenträger<sup>52</sup> mag es reizvoll erscheinen, das von ihnen vertretene partikulare Wohl mit dem Gemeinwohl in eins zu setzen.

2.1.2.3 Steht hinsichtlich des Handlungszwecks die staatliche Gemeinwohlbindung der gesellschaftlichen Autonomie gegenüber, kontrastiert bei der Wahl der Aufgaben sowie der Mittel ihrer Erfüllung das nur durch Selbstbindung beschränkte Handlungspotential des Staates mit dem der privaten Aufgabenträger, das durch die Bindungen des staatlichen Rechts in mitunter nur lockere, aber scheinbar unabstreifbare Fesseln gelegt ist. Staat und Gesellschaft stehen nicht beziehungslos nebeneinander, sondern sind in vielfältiger Weise miteinander verschränkt. Im freiheitlichen und säkularen Staat schützen Grundrechte nicht nur als Abwehrrechte vor dem jederzeit möglichen Übergriff der umfassenden öffentlichen Gewalt; sie garantieren den Bürgern auch die Beteiligung an der Fortentwicklung der staatlichen Ordnung. Inwieweit der Staat Aufgaben wahrnimmt und welche Mittel ihm dabei unter welchen Voraussetzungen zur Verfügung stehen, sind Fragen des politischen Diskurses. Den rechtlichen Raum, in diesen Diskurs einzutreten, schaffen die Grundrechte, insbesondere Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. HS, Art. 4 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 GG. Diese Rechte sind durch die Eigenheit gekennzeichnet, dass ihr Gebrauch typischerweise in den politischen Raum hineinwirkt; sie gewähren unter verschiedenen Aspekten die Freiheit, sich zur staatlichen Sollensordnung zu äußern und nach Maßgabe der eigenen, partikularen Interessen auf eine Stabilisierung oder auch auf eine Änderung hinzuwirken.

2.1.2.4 Schafft sich der Staat durch die Gewährung solcher Rechte im Wege der Selbstbindung seiner dem Grunde nach unbeschränkten öffentlichen Gewalt eine außerhalb seiner selbst liegende Quelle der Fortentwicklung seiner Sollensordnung, schließt er sich dadurch von dem eröffneten Diskurs aus. Übernahme der Staat die Rolle eines Diskutanten, machte er sich also eine bestimmte Position zu eigen, welche Gestalt seine Sollensordnung prägen sollte, setzte er sich in Widerspruch zu der Entscheidung, das Spiel um das „Wohin“ den gesellschaftlichen Kräften zu überlassen; er negierte auf diese Weise die eingeräumten Rechte, an der Gestaltung der Sollensordnung mitzu-

<sup>52</sup> Etwa Parteien, illustrativ die „Gemeinwohlselbstverpflichtung“ in Nr. 109 des Grundsatzprogramms der Christlich-Demokratischen Union von 1994, <http://www.edu.de/doc/pdf/grundsatzprogramm.pdf>.

wirken. Auch mit der Gemeinwohlbindung wäre ein solcher Eintritt in den Diskurs um die Sollensordnung nicht vereinbar: Der Staat identifizierte sich entweder mit partikularen Interessen oder maßte sich die Entscheidung darüber an, welches dieser Interessen als Gemeinwohl ausgegeben werden dürfe. Verwehrt ist dem Staat überdies, die im Grundsatz bestehende Ungebundenheit des Diskurses dadurch zu beeinflussen, dass er bestimmte Diskutanten privilegiert oder andere benachteiligt, geschehe dies durch die Gewährung von Ressourcen, etwa finanziellen Mitteln, durch Gelegenheiten zur Präsenz in unter staatlichem Einfluss stehenden Medien wie dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk, oder auch durch die Eröffnung einer besonderen Staatsnähe<sup>53</sup>.

Dass der Staat, ohne die von ihm durch die Einrichtung von Mitwirkungsrechten getroffene Grundentscheidung zu unterlaufen, nicht die Rolle eines Diskutanten übernehmen kann, bedeutet nicht, dass er von dem Diskurs um die Sollensordnung gänzlich ausgeschlossen wäre. Im Gegenteil: Einzig der Staat ist berufen, die Funktion eines Schiedsrichters<sup>54</sup> auszuüben. Er bestimmt die normativen Bedingungen und setzt sie im Bedarfsfall gegen ungehorsame Diskutanten durch. Die Funktion ist in den gewährten Mitwirkungsrechten angelegt; sie bildet neben dem Verbot der Diskursteilnahme eine notwendige Voraussetzung für deren Effektivität. Zu den normativen Bedingungen des Diskurses zählen etwa Vorschriften, die für die Genese von Sollensanordnungen ein bestimmtes Verfahren festlegen, so für Gesetze in Art. 77 GG. Der Staat schafft Regeln über den Ausschluss von Teilnehmern aus dem Diskurs wie in Art. 21 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 VereinsG; sogar „Diskussionsverbote“ hinsichtlich bestimmter Gegenstände finden sich im geltenden Recht, Beispiele bilden Straftatbestände wie die §§ 86, 130 oder 185 StGB. Der Funktion des Schiedsrichters entsprechen auch Allzuständigkeit, Rechtssetzungs- und Gewaltmonopol: Einem am Diskurs teilnehmenden Staat verschafften diese Befugnisse ein Übergewicht, unter dem das Spiel um die Sollensordnung bald erstürbe; für die Funktion des Schiedsrichters stellen sie dagegen notwendige Befugnisse dar: Der Staat kann Ordnung nur stiften, solange er über die Ordnungsmittel gebietet.

Die Konstituenten des Neutralitätsgebots sind damit beschrieben: Schafft der potentiell allzuständige, gemeinwohlverpflichtete Staat durch Grundrechte einen Raum des Diskurses, aus dem im pluralistischen Kräftespiel partikularer Interessen seine eigene Sollensordnung weiterentwickelt wird, kann er in diesem Diskurs die Rolle eines Diskutanten nicht mehr übernehmen, ihn trifft insofern das Gebot, sich nicht auf die Seite partikularer Interessen zu stellen: das Gebot der Neutralität.

### 2.1.3 Das Gebot der vorbehaltlosen Identifikation

In seiner Rolle als Schiedsrichter im Diskurs um die Sollensordnung kann der Staat nicht neutral „an sich“ sein, sondern nur neutral im Hinblick auf eine materielle Aussage. Allein aus dem Neutralitätsgebot lässt sich keine Bindung staatlichen Handelns herleiten, es bedarf stets des Bezugs zu einer Norm der staatlichen Rechtsordnung (Anknüpfungsnorm). Der Staat hat für den Diskurs um die Sollensordnung ein – wie die erwähnten Beispiele zeigen: – auf ganz unter-

<sup>53</sup> Die Staatsnähe hat viele Gesichter; ihre Bedenklichkeit unter dem Gesichtspunkt des Neutralitätsgebots differiert graduell: Kaum jemand wird bezweifeln, dass Bürgermeister nicht einen amtlichen Wahlauftrag zugunsten eines bestimmten direkt zu wählenden Landratskandidaten abgeben dürfen (BVerwGE 104, 323 [327 ff.]; Vorinstanz: BayVGH BayVBl. 1996, 145 f.); die außerhalb von Art. 135 Abs. 5 S. 2 GG verfügte Verleihung des Körperschaftsstatus an einen Verein wie das Bayerische Rote Kreuz (durch Art. 1 S. 1 des Gesetzes über die Rechtsstellung des Bayerischen Roten Kreuzes vom 16.7.1986 [GVBl. S. 134], zuletzt geändert durch Ges. vom 27.12.1999 [GVBl. S. 551]) mag in diesem Zusammenhang aber ebenso bedacht sein wie die Begründung faktischer Loyalitäten durch Orden oder ehrenhalber verliehene akademische Grade.

<sup>54</sup> Der Begriff des Schiedsrichters ist nicht dahin zu verstehen, dass der Staat in Fragen, die dem pluralen Kräftespiel überlassen sind, ein Letztentscheidungsrecht beanspruche. Die Bezeichnung des Staates als Moderator ließe die Grenzsetzungs- und Zwangsbefugnisse außer Acht. Vgl. *Isensee*, in: HdStR, Bd. 2, 3. A. 2004, § 15 Rn. 67: „Als Richter im gesellschaftlichen Streit ist er (sc. der Staat) nur legitimiert, wenn er nicht selbst als Partei in den Konflikt verstrickt ist“.

schiedliche Materien verteiltes Regelwerk geschaffen, dessen Beachtung zu sichern den Gegenstand seiner schiedsrichterlichen Tätigkeit darstellt. Die Normen dieses Regelwerks garantieren, dass der Diskurs im Wesentlichen frei und unter Gleichen stattfindet und sich ein jeder an ihm beteiligen kann; sie sollen verhindern, dass sich partikulare Interessen mit anderen Mitteln als denen des Diskurses durchsetzen, und bilden einen wichtigen Kreis von Regeln des „Rechten“, solchen also, die den Schutz und das friedliche Zusammenleben unterschiedlicher Lebensformen bezwecken<sup>55</sup>. In Bezug auf den Bestand dieser Normen ist für eine Verpflichtung des Staates zur Neutralität kein Raum. Die Regeln des „Rechten“ hat der Staat gegen jeden, der sie missachtet, erforderlichenfalls unter Einsatz seines Gewaltmonopols durchzusetzen; ihn trifft ein Gebot zu vorbehaltloser Identifikation, das das Gegenstück zum Neutralitätsgebot bildet<sup>56</sup>.

Zweifelhaft ist, ob das Gebot vorbehaltloser Identifikation über die Regeln des „Rechten“ hinausreicht und dem Neutralitätsgebot weitere Anknüpfungsnormen entzieht. Solche Anknüpfungsnormen werden den Bereich des „Guten“ betreffen, Fragen also, wie der Einzelne sein Leben führen möchte oder worin er ein für ihn gutes Leben erkennt – Fragen mithin, auf die Religionen und Weltanschauungen antworten. Viele werden die Auffassung vertreten, die staatliche Rechtsordnung sei ethisch indifferent. Allenfalls werden sie ein ethisches Minimum akzeptieren, das etwa in einem Vorrang des „Rechten“ vor dem „Guten“ abgebildet sein kann<sup>57</sup>. Überzeugen kann diese Position nicht. Gibt sich der Staat als politische Einheit seines Volkes eine Verfassung – welchen Inhalts auch immer – bezieht er Stellung zur Differenz von Freund und Feind<sup>58</sup>. Einzelne Normen werden dies kaum zur Anschauung bringen, in ihrer Gesamtheit aber kann sich eine Verfassung, mit anderen verglichen, als gleichartig, in Abstufungen verschieden, schließlich als unvereinbar erweisen. Im Fall der Unvereinbarkeit stehen zwei Entwürfe gegeneinander, die einander in den für sie essentiellen Punkten widersprechen: die Verfassung des Freundes und die des Feindes. In der Lebenswirklichkeit werden es gerade die ethischen und moralischen Fragen sein, an denen Freund und Feind sich scheiden, für ihre Verfassungen wird nichts anderes gelten. Die Verfassung, die eine Entscheidung in der Frage von Freund und Feind vermied, müsste sich konsequent ethischer und moralischer Disposition enthalten und auf den Bereich des „Rechten“ beschränken, ohne dabei ethische oder moralische Vorgaben in ihr „Rechtes“ einstellen zu können.

Der das Rechtsetzungsmonopol ausübende Staat ist kraft seiner potentiellen Allzuständigkeit befugt, ethische oder moralische Aussagen in seiner Sollensordnung zu etablieren und auf diese Weise selbst über die Reichweite seiner Verpflichtungen zu Neutralität einerseits und vorbehaltloser Identifikation andererseits zu entscheiden. Wer das Neutralitätsgebot ohne weiteres auf jede ethische oder moralische Stellungnahme beziehen möchte, negiert die potentielle Allzuständigkeit des Staates und mit dieser die Freiheit der in ihm verfassten Gesellschaft, sich diejenige Sollensordnung zu geben, die beliebt, mag sie auch einem liberalen Staatsverständnis widersprechen, im Verhältnis zu dessen unausgesprochenen ethisch-moralischen Voraussetzungen „feindliche Ordnung“ sein.

Um die Frage zu beantworten, inwieweit der Staat einerseits zur Neutralität, andererseits zur vorbehaltlosen Identifikation verpflichtet ist, müssen zunächst die ethischen und moralischen Grundentscheidungen der Verfassung aufgespürt werden. Zu kurz greift dabei eine Gleichsetzung mit der in den gesamten Bereich des Rechts ausstrahlenden objektiven Wertordnung des Grundgesetzes<sup>59</sup>. Deren „Entdeckung“ bezweckte in erster Linie, die Wirkung der Grundrechte

<sup>55</sup> Zu den Begriffen des „Rechten“ und des „Guten“ *Huster* (Anm. 34), S. 10 f.

<sup>56</sup> Ausführlich *Huster* (Anm. 34), S. 114 ff., insbes. S. 123 f.

<sup>57</sup> So *Huster* (Anm. 34), S. 123 f.; zu diesem Vorrang eingehend ebd., S. 105 ff.

<sup>58</sup> Zu dieser Differenz *C. Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, 2. A. 1963, S. 26 ff.

<sup>59</sup> Grundlegend BVerfGE 7, 198 (205); ferner BVerfGE 89, 214 (229); 39, 1 (41); 35, 79 (113). Kritisch etwa *Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit*, 2004, S. 190 ff. m.w.N.

bei der Anwendung des einfachen Rechts zu effektivieren. Im Übrigen sind die mit dem Begriff der objektiven Rechtsordnung in Bezug genommenen Maßstäbe von einem so hohen Grad an Allgemeinheit, dass sie aus sich heraus nur selten handlungsleitend werden können. Sie sind auch nur ausnahmsweise nicht relativierbar: Der Normgeber kann zwar einzelne ethisch oder moralische Dispositionen einer Abwägung von vornherein entziehen und sie so absolut stellen, darin liegt – wie Art. 1 Abs. 1 GG zeigt<sup>60</sup> – aber ein Ausnahmefall. Die von ethischen oder moralischen Grundentscheidungen unterfangenen Aussagen des einfachen Rechts beruhen regelmäßig auf einer Abwägung gegenläufiger Interessen, die der Staat in einer bestimmten, die Grundentscheidungen zum Ausdruck bringenden Weise getroffen hat. Als ethische oder moralische Disposition der Verfassung kommt in Betracht, was zur Gruppierung von Freund und Feind taugt, für die innerstaatliche Friedensordnung einen Gegensatz entscheidet, der von solcher Intensität ist, dass er zu entzweien vermag<sup>61</sup>. Die ethischen und moralischen Dispositionen der Verfassung bilden die Essenz, ihre Preisgabe bedeutete den Verlust der staatlichen Identität. Sie können im Verfassungsgesetz ebenso anzutreffen sein wie im einfachen Recht.

Im Hinblick auf das Verhalten der Bürger stehen Neutralitäts- und Identifikationsgebot einander nicht in einem Verhältnis des Entweder-Oder gegenüber, sie bilden vielmehr die Pole einer gestuften Skala staatlicher Selbstbindung. Vier Stufen sind zu unterscheiden: die absolute Präferenz (1), die relative Präferenz (2), die relative Akzeptanz (3) und die absolute Akzeptanz (4). Die Stufen der Präferenz sind vom Identifikationsgebot bestimmt. Im Fall der absoluten Präferenz hat der Staat eine ethisch oder moralisch unterfangene Verhaltensnorm geschaffen, die von ihr abweichende Verhaltensweisen vollständig ausschließt. Ein Beispiel bildet das in den §§ 211 ff. StGB zum Ausdruck gebrachte Verbot der Tötung eines anderen Menschen. Normen dieser Art bilden die Essenz der Verfassung, mit der sich der Staat vorbehaltlos zu identifizieren hat. Bei einer relativen Präferenz besteht zwar keine so strikte, mit dem staatlichen Gewaltmonopol durchzusetzen- de Verhaltensnorm. Der Staat hat jedoch durch eine Norm minderen Verpflichtungsgrads zum Ausdruck gebracht, dass er unter ethischen oder moralischen Gesichtspunkten von den im übrigen freigestellten Verhaltensweisen bestimmte vorzieht. So mag man etwa in dem Auftrag zur Förderung der Ehe<sup>62</sup> (Art. 6 Abs. 1 GG) eine Herausstellung dieser Form der Lebensgemeinschaft vor andere erkennen. Das Identifikationsgebot verpflichtet den Staat hier nur in abgeschwächter Form; er darf darauf hinwirken – im Fall von Art. 6 Abs. 1 GG etwa durch Gewährung bestimmter Vorteile wie einem steuerrechtlichen Ehegattensplitting (§ 32a Abs. 5 EStG) –, dass sich die Bürger seiner relativen Präferenz entsprechend verhalten, dem geringeren Verpflichtungsgrad der disponierenden Norm entsprechend muss er dabei eine dem Leitbild nicht entsprechende Lebensgestaltung aber hinnehmen. Vom Neutralitätsgebot geprägt sind hingegen die Stufen der Akzeptanz. Das Verhalten des Bürgers ist hier innerhalb eines bestimmten Gegenstandsbereichs grundsätzlich in dessen Belieben gestellt; der Bürger kann die ethischen und moralischen Maßstäbe seines Handelns bestimmen, ohne einer staatlichen Einflussnahme wie auf den Stufen der Präferenz ausgesetzt zu sein. Allerdings behält sich der Staat gewisse Grenzfestlegungen vor. So kann jeder Bürger von der Eheschließungsfreiheit Gebrauch machen, wie dies seinen Vorstellungen entspricht. Sehen diese Maßstäbe allerdings eine Zwangs-<sup>63</sup> oder Mehrehe vor, stößt er auf Beschränkungen in der staatlichen Rechtsordnung, die diese Form der Familiengestaltung ethisch missbilligen

<sup>60</sup> BVerfGE 107, 275 (284); 93, 266 (293); vgl. ferner BVerfGE 75, 369 (380). Kritisch gegenüber einer (nur) gegenständlich-modalen Sichtweise *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Bearb. 2005, Art. 1 Abs. 1 Rn. 43.

<sup>61</sup> Vgl. C. *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 2. A. 1963, S. 38 f.

<sup>62</sup> BVerfGE 105, 313 (348).

<sup>63</sup> Hintergründe bei *Walther*, Die Zwangsheirat aus islamischer Sicht, in: Ausländerbeauftragte der Landesregierung Baden-Württemberg (Hrsg.), Dokumentation der Fachtagung Zwangsheirat – Maßnahmen gegen eine unehrenhafte Tradition, 2003, S. 37 (52 ff.), [http://www.jum.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/show/1142544/zwangsheirat\\_dokumentation.pdf](http://www.jum.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/show/1142544/zwangsheirat_dokumentation.pdf).

(§ 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1, Abs. 1<sup>64</sup> und § 172 StGB). Diese Regeln wird der Staat unter Geltung des Gebots vorbehaltloser Identifikation im Bedarfsfall auch gegen den Willen des Rechtsunterworfenen durchsetzen. Von diesen „Extremfällen“ abgesehen, bleibt er innerhalb des Freiheitsraums aber offen gegenüber den partikularen Vorstellungen seiner Bürger von einem guten Leben. Insofern unterscheidet sich die dritte von der ersten Stufe: War auf dieser innerhalb eines Gegenstandsbereichs nur eine bestimmte Form, eine Freiheit auszuüben, erlaubt, sind auf jener nur einzelne Formen verboten. Auf der Stufe der absoluten Akzeptanz schließlich enthält sich der Staat ethischer oder moralischer Wertungen vollständig und überlässt dem Bürger den uneingeschränkten Gebrauch seiner Freiheit, so etwa in der Frage, in welchem Verhältnis der Einzelne für sich zu Gott stehen möchte und worin er seinen Glauben findet.

#### 2.1.4 *Das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität und staatlicher Werteunterricht*

Die Religionsfreiheit ist eines der Freiheitsrechte, das den Raum des Diskurses um die Sollensordnung eröffnet. Als Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität gilt das allgemeine Neutralitätsgebot auch für die Religionsfreiheit. Das religiöse oder weltanschauliche Bekenntnis betrifft stets Fragen der ethischen und moralischen Orientierung. Ethik und Moral der Verfassung werden von den Auffassungen, die die Religionen oder Weltanschauungen vertreten, oft nicht in relevanter Weise differieren; die Entscheidungen, die die Verfassung insofern getroffen hat, sind überwiegend in der christlich-abendländischen Tradition verwurzelt. Sie sind allerdings nicht umfassend in einem Sinne, dass die entsprechenden Normen geeignet wären, ein geschlossenes ethisches und moralisches System zu erzeugen; die Verfassung bezieht nur in einzelnen Fragen Position; ihre Ethik und ihre Moral sind segmentär. Das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität erlangt danach insbesondere in Gegenstandsbereichen Bedeutung, zu denen sich die Verfassung nicht verhält. Auf diesen weiten Feldern des von verfassungsrechtlichen Vorgaben unbeeinflussten Diskurses um die Sollensordnung ist der Staat auf die Rolle des Schiedsrichters beschränkt; einer Stellungnahme zugunsten oder zulasten einzelner Bekenntnisse und deren partikulärer Anschauungen hat er sich zu enthalten. Das Gebot vorbehaltloser Identifikation als Gegenstück des Neutralitätsgebots betrifft Fälle, in denen die Verfassung ethisch oder moralisch unterfütterte Vorgaben in sich trägt, einzelne Bekenntnisse die zugrundeliegenden Wertentscheidungen aber nicht teilen. Hier hat der Staat nach Maßgabe des vorgestellten Stufenmodells für seine ethischen und moralischen Dispositionen einzutreten.

Ist Werteunterricht als institutionalisierte Simulation des Diskurses um die Sollensordnung darauf gerichtet, eine Teilnahme der Schüler an dem „echten“ Diskurs zu begleiten und vorzubereiten, sind die Gebote religiös-weltanschaulicher Neutralität und vorbehaltloser Identifikation auch für die Zulässigkeit dieses schulischen Angebots entscheidend. Soweit Ethik und Moral der Verfassung reichen, hat der Staat das Gebot vorbehaltloser Identifikation zu achten. Seinen Schulen ist nicht gestattet, die entsprechenden Entscheidungen der Verfassung zu relativieren und als mögliche ethische Präferenzen unter anderen darzustellen. Lassen sich bestimmte ethische oder moralische Dispositionen der Verfassung als absolute Präferenzen erweisen, hat die staatliche Schule darauf hinzuwirken, dass sich die Schüler diese Festlegungen zu eigen machen und für ihr eigenes Leben als maßgeblich anerkennen. Für Neutralität gegenüber abweichenden Haltungen besteht insofern kein Raum. Lässt sich eine ethische oder moralische Fundierung des Rechts als relative Präferenz verstehen, hat der Staat den Schülern gegenüber für seine Entscheidung einzutreten, muss abweichende Auffassungen aber respektieren. Auf der Stufe relativer Akzeptanz vermittelt die Schule in erster Linie Fähigkeiten und Kenntnisse, eröffnete Freiheitsräume auszufüllen; das Gebot vorbehaltloser Identifikation erfasst hier nur die peripheren ethisch-moralisch unterfangenen Grenzen der Freiheit. Soweit sich das staat-

<sup>64</sup> Vgl. auch den vom Bundesrat eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat vom 8.7.2005, BR Drs. 546/05.

liche Recht ethischer und moralischer Festlegungen enthält, ist das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität zu wahren. Diese weiten Bereiche partikularer Ethiken und Moralvorstellungen können wie auch transzendente Bezüge nur Gegenstände informierenden Unterrichts sein; eine Identifizierung mit den Anschauungen bestimmter Bekenntnisse ist ausgeschlossen.

Die gestuft ineinandergreifenden Gebote von Neutralität und Identifikation eröffnen einen weiten Spielraum der pädagogischen Gestaltung wertvermittelnder Unterrichtsfächer. Für das Berliner Vorhaben Ethik deutet der Rahmenlehrplan auf ein in Teilen identifikatorisch angelegtes Konzept; die Schüler sollen lernen, „dass die Grundrechte, wie sie im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (und) in der Berliner Landesverfassung ... festgeschrieben sind, eine notwendige Grundlage des zivilen Zusammenlebens bilden“<sup>65</sup>. In dieser Vorgabe liegt ein Verweis auf absolute und relative Präferenzen der oben dargelegten Art, mithin auf den Wirkungsbereich des Gebots vorbehaltloser Identifikation. Richtet der Staat das neue Unterrichtsfach in entsprechender Weise aus, wählt er eine Gestaltung, die die wechselseitige Beschränkung von Neutralitäts- und Identifikationsgebot in das einfache Recht hineinträgt und dem hier skizzierten verfassungsrechtlichen Leitbild voll entspricht.

## 2.2 Garantie des Religionsunterrichts als ordentliches Lehrfach

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, die in Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG festgelegte Garantie des Religionsunterrichts als ordentliches Lehrfach stehe der Erteilung eines für alle verpflichtenden Ethikunterrichts entgegen<sup>66</sup>. Die Frage nach einer solchen Sperrwirkung<sup>67</sup> stellt sich jedoch nicht, weil die objektiv-rechtliche Gewährleistung<sup>68</sup> des Religionsunterrichts als ordentliches Lehrfach für das Land Berlin ohnehin keine Geltung beanspruchen kann<sup>69</sup>. Nach Art. 141 GG findet Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG in einem Land, in dem am 1.1.1949 eine andere landesrechtliche Regelung bestand, keine Anwendung. Diese Rechtsanwendungsnorm gibt der Garantie des Religionsunterrichts die Qualität partiellen Bundesverfassungsrechts. Eine andere landesrechtliche Regelung bestand, wenn das Recht des zu dispensierenden Landes an dem bezeichneten Stichtag Religionsunterricht nicht als ordentliches Lehrfach vorsah. Als ordentliches Lehrfach ist Religionsunterricht für die Schüler des betreffenden Bekenntnisses Gegenstand der Schulpflicht. Die Teilnahme bedarf deshalb nicht der Anmeldung, sondern die Nichtteilnahme der den Eltern von Art. 7 Abs. 2 GG garantierten, dem religionsmündigen Schüler nach Art. 4 Abs. 1 GG und § 5 S. 1 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung<sup>70</sup> eröffneten Abmeldung. Zwar übernimmt der Staat als Veranstalter des Religionsunterrichts in Anbetracht der Rechte der Religionsgemeinschaften aus Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG nicht umfassend Verantwortung, sondern ist auf „Intendanturaktivitäten“<sup>71</sup> beschränkt. So hat er die Schulaufsicht inne<sup>72</sup> und bestreitet die erfor-

<sup>65</sup> S. o. Anm. 14.

<sup>66</sup> Kästner, Religiöse Bildung und Erziehung in der öffentlichen Schule – Grundlagen und Tragweite der Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts, in: Essener Gespräche 32 (1998), S. 62 (82 f.); Mückl, Anm. zu BVerwG, Urt. v. 17.6.1998 – 6 C 11.97 –, JZ 1999, 358 (360).

<sup>67</sup> Gegen eine Sperrwirkung mit überzeugenden Gründen Heimann, Ethikunterricht im religiös und weltanschaulich neutralen Staat, ZevKR 48 (2003), S. 17 (20 ff.).

<sup>68</sup> Hinsichtlich des aus der Mitwirkungsabhängigkeit resultierenden Unterschieds zu einer institutionellen Garantie *Korioth*, Islamischer Religionsunterricht und Art. 7 III GG. Zu den Voraussetzungen religiöser Vielfalt in der öffentlichen Pflichtschule, NVwZ 1997, 1041 (1043 f.).

<sup>69</sup> BVerwGE 110, 326 (333 f.); v. Campenhausen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. A. 2001, Art. 141 Rn. 8; Schmitt-Kammler in: Sachs, GG, 3. A. 2003, Art. 141 Rn. 7.

<sup>70</sup> Vom 15.7.1921 (RGBl. S. 939), i. d. F. des Ges. vom 12.9.1990 (BGBl. I S. 2002, 2023).

<sup>71</sup> Heckel, Säkularisierung. Staatskirchenrechtliche Aspekte einer umstrittenen Kategorie, ZRG Kan. Abt. 66 (1980), S. 1 (144).

<sup>72</sup> Zum Verhältnis der Rechte von Staat und Religionsgemeinschaften bei der Gestaltung des Religionsunterrichts Heimann, Materielle Anforderungen an Religionsgemeinschaften für die Erteilung schulischen Religionsunterrichts, in: Haratsch u. a. (Hrsg.), Recht und Weltanschauung im säkularen Staat, 2001, S. 81 (86 ff.).

derlichen Aufwendungen, namentlich für die Gehälter der Lehrkräfte<sup>73</sup>. Doch ändert dies nichts daran, dass eben der Staat Träger des Unterrichts ist. Nach dem geltenden Berliner Landesrecht<sup>74</sup> ist der Religionsunterricht Sache der Religionsgemeinschaften. Der Weg in den Religionsunterricht führt über eine Anmeldung<sup>75</sup>. Zu den Kosten des Religionsunterrichts werden lediglich staatliche Zuschüsse gewährt<sup>76</sup>. Was den Inhalt der von der Religionsgemeinschaft erstellten Lehrpläne sowie die Qualifikation der Lehrkräfte betrifft, hat sich der Staat Kontrollbefugnisse vorbehalten<sup>77</sup>. Berliner Religionsunterricht ist mithin weder Gegenstand der Schulpflicht noch der staatlichen Schulaufsicht, er ist vom Staat geförderter kirchlicher Unterricht in kirchlicher Trägerschaft. Diese Rechtslage bestand auf Grund des Schulgesetzes von 1948<sup>78</sup> bereits am 1.1.1949<sup>79</sup>.

### 2.3 Elterliches Erziehungsrecht und Religionsfreiheit der Schüler

Dem elterlichen Erziehungsrecht und der Religionsfreiheit der Schüler kommt als verfassungsrechtlichen Determinanten eines Werteunterrichts neben dem Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität nur eine nachrangige Bedeutung zu. Soweit das Neutralitätsgebot reicht und Werteunterricht dessen Vorgaben gemäß (normativ) eingerichtet und (faktisch) erteilt wird, kommt ein Eingriff in Rechte der Eltern oder Schüler nicht in Betracht<sup>80</sup>. Werteunterricht unterscheidet sich insofern nicht von anderen Schulfächern. Ist die staatliche Schule in einem bestimmten Gegenstandsbereich dem Gebot vorbehaltloser Identifikation unterworfen, erscheint ein Eingriff möglich. Berufet sich der Staat zu Recht auf eine Bindung dieser Art, wird der Eingriff aber gerechtfertigt sein; elterliches Erziehungsrecht und staatlicher Erziehungsauftrag sind einander in einem Verhältnis wechselseitiger Ergänzung zugeordnet. Verpflichtet die Verfassung den Staat, sich mit einer bestimmten ethischen oder moralischen Disposition zu identifizieren, nimmt sie insofern den elterlichen Erziehungsauftrag zurück; die Eltern können dann nicht verlangen, dass der Staat auf ihrer Intention entgegenlaufende erzieherische Maßnahmen verzichte. Entsprechendes gilt für die Religionsfreiheit eines auf sie bezogen grundrechtsmündigen Jugendlichen: Der Ausgleich zwischen dem Grundrecht und der vom Staat zu bewährenden ethischen oder moralischen Entscheidung findet im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der betreffenden Verhaltensnorm statt.

## 3 Formelle Vorgaben: Parlamentsvorbehalt und Vorbehalt des Gesetzes

Zweifelhaft ist schließlich, ob Ethikunterricht nur durch formelles Gesetz oder auch durch Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift, insbesondere durch Lehrpläne<sup>81</sup>, eingeführt werden kann. Eine Abgrenzung der Handlungsräume von erster und zweiter Gewalt, genauer: eine Begrenzung

<sup>73</sup> Link, in: HdbStKirchR, Bd. 2, 2. A. 1995, § 54 C. II. 3. = S. 469 f.

<sup>74</sup> § 13 Abs. 1 S. 1 des Schulgesetzes für das Land Berlin vom 26.1.2004 (GVBl. S. 26 – SchulG 2004). Gesetzgebungsmaterialien (Auswahl): Gesetzentwurf: AbgHDr. 15/1842; Plenarprotokolle: 15/35 (1. Lesung), 15/42, 15/43 (2. Lesung); Beschlussempfehlung Hauptausschuss: AbgHDr. 15/2424; Ausschussprotokolle: APr. Hauptausschuss 15/60; APr. Ausschuss für Arbeit, Berufliche Bildung und Frauen 15/27, 15/29; APr. Ausschuss für Jugend, Familie, Schule und Sport 15/26, 15/27, 15/28, 15/30, 15/31, 15/33.

<sup>75</sup> § 13 Abs. 4 SchulG 2004.

<sup>76</sup> Vgl. für die Evangelische Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz: Nr. 1 des Abschließenden Protokolls vom 2.7.1970, in: Listl (Hrsg.), Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1987, S. 676 ff., fortgeschrieben durch Nr. 1 der Vereinbarung vom 15.10.1986, AbgHDr. 10/1069 Anl. 1 und Nr. 1 der Vereinbarung vom 17.9.1990, AbgHDr. 11/1161 Anl. 1. Eine kirchenvertragliche Regelung ist bisher nicht getroffen.

<sup>77</sup> § 13 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 2 SchulG 2004. Zu den Motiven AbgHDr. 15/1842 Anl. 2 S. 18 f.

<sup>78</sup> § 13 S. 1 des Schulgesetzes für Berlin vom 26.2.1948 (VOBl. I S. 358). Zur Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes Boese, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts in der DDR von 1945 bis 1989, 1994, S. 79 ff.

<sup>79</sup> Zu den mit der Vereinigung der Stadthälften zusammenhängenden Fragen eingehend BVerwGE 110, 326 (334 ff.).

<sup>80</sup> Ähnlich Huster (Anm. 34), S. 299 f.; Schmitt-Kammler, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, 1983, S. 52 ff.

<sup>81</sup> Zum Charakter der Lehrpläne Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, Bd. 1, 3. A. 2000, Rn. 502.

der exekutivischen Handlungsoptionen folgt sowohl aus dem Parlamentsvorbehalt als auch aus dem Vorbehalt des Gesetzes. Traditionellem Verständnis zufolge bindet der Vorbehalt des Gesetzes Verwaltungshandeln dahin, dass Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur stattfinden dürfen, wenn ein Parlamentsgesetz zu ihnen befugt<sup>82</sup>. Der Vorbehalt des Gesetzes ist in seiner Zielrichtung einer rechtsstaatlich-grundrechtsbezogenen Begrenzung an die Konstellationen eines Eingriffs gebunden; je weiter dieser Begriff gefasst wird, desto umfassender kann sich die regulative Wirkung des Vorbehalts des Gesetzes entfalten; bleibt Staatshandeln aber außerhalb des Typus „Eingriff“, vermag der Vorbehalt des Gesetzes exekutives Handeln nicht seinen Bindungen zu unterwerfen. Dem Parlamentsvorbehalt eignet ein solcher Bezug zu einer bestimmten Handlungstypik nicht. Er begrenzt den exekutiven Handlungsraum in einer umfassenden, Eingriffe wie „Nicht-Eingriffe“ umschließenden Weise durch die parlamentarische Verantwortung<sup>83</sup>. Der Vorbehalt des Gesetzes betrifft als Sonderfall des Parlamentsvorbehalts<sup>84</sup> die abstrakt-generelle Regelung von Eingriffen in die Grundrechte der Bürger. Exekutive Maßnahmen dieser Art müssen in jedem Fall durch ein Parlamentsgesetz gerechtfertigt sein. Staatshandeln, das nicht die Voraussetzungen eines Eingriffs erfüllt, ist vom rechtsstaatlich-grundrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes nicht erfasst, inwieweit es dennoch von Entscheidungen des Parlaments bestimmt wird, bemisst sich nach den Kriterien des Parlamentsvorbehalts, insbesondere also der Wesentlichkeitsformel<sup>85</sup>: Wesentlich und durch das Parlament zu entscheiden ist, was für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlich ist<sup>86</sup>.

Ethikunterricht muss jedenfalls dann durch formelles Gesetz eingerichtet werden, wenn die Voraussetzungen des Parlamentsvorbehalts erfüllt sind. Das Bundesverfassungsgericht hat die Reichweite des auch im Schulwesen uneingeschränkt geltenden<sup>87</sup> Parlamentsvorbehalts in seiner Entscheidung zur Sexualerziehung<sup>88</sup> ausführlich erörtert. Der Ausgleich von Spannungslagen zwischen Art. 7 Abs. 1 GG einerseits sowie dem Erziehungsrecht der Eltern und der allgemeinen Handlungsfreiheit der Schüler andererseits bedürfe einer Regelung durch Parlamentsgesetz<sup>89</sup>. Die Frage des „Ob“ staatlicher Sexualerziehung, die die Schüler in den Stand setzen solle, im Bereich ihrer Geschlechtlichkeit sittlich bestimmt zu handeln, ihnen Verständnis für Partnerschaft, Ehe und Familie sowie die Notwendigkeit einer Intimsphäre zu vermitteln, sei vom Parlamentsvorbehalt erfasst<sup>90</sup>. Einzelheiten der Lehr- und Lernmethoden, mithin das „Wie“, dürften ebenso wie eine Unterweisung, die sich in der Mitteilung von Fakten über die betreffenden Lebensvorgänge erschöpfe, auf administrativem Weg geregelt werden<sup>91</sup>. Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet danach eine Erziehung im Sinne bestimmter ethischer oder moralischer Haltungen von einer informativischen Unterrichtung über Fakten. Eine solche Unterscheidung kann auch für Werteunterricht getroffen werden; sie läuft parallel zu der Grenze zwischen dem Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität und dem Gebot vorbehaltloser Identifikation. Ein Werteunterricht, der nicht fragmentarisch sein soll, muss ebenso neutralitätsgebunden informieren wie identifikationsverpflichtet erziehen. Im Übrigen bestehen auch bei der Be-

<sup>82</sup> Vgl. bereits Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. A. 1924, S. 69 f.

<sup>83</sup> Zu dieser verpflichtenden Dimension des Parlamentsvorbehalts *Ossenbühl*, in: HdStR, Bd. 2, 1988, § 62 Rn. 37 f.

<sup>84</sup> Ähnlich *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 69: „Das Vorliegen eines Eingriffs ist eine hinreichende, nicht notwendige Bedingung der Wesentlichkeit.“

<sup>85</sup> Die aber nicht alleinige Begründung des Parlamentsvorbehalts ist, vgl. etwa BVerfGE 40, 237, (249): „Welche Bereiche das im einzelnen sind, läßt sich indessen aus Art. 20 Abs. 3 GG nicht mehr unmittelbar erschließen. Insoweit ist vielmehr auf die jeweils betroffenen Lebensbereiche und Rechtspositionen des Bürgers und die Eigenart der Regelungsgegenstände insgesamt abzustellen.“ – Zur Begründung eines Parlamentsvorbehalts aus den Vorgaben des Grundgesetzes zur Wehrverfassung: BVerfGE 90, 286 (381 ff.).

<sup>86</sup> BVerfGE 98, 218 (252); 83, 130 (142); 47, 46 (79).

<sup>87</sup> BVerfGE 108, 282 (312); 98, 218 (252); 58, 257 (268); 47, 46 (78 f.); 45, 400 (417 f.); 41, 251 (259).

<sup>88</sup> BVerfGE 47, 46. – Zu dieser Entscheidung *Schmitt-Kammler* (Anm. 80), S. 78 ff.

<sup>89</sup> BVerfGE 47, 46 (79 f.).

<sup>90</sup> BVerfGE 47, 46 (67 f.).

<sup>91</sup> BVerfGE 47, 46 (83 ff.).

urteilung der ethischen und moralischen Aufladung des Rechts – an die das Gebot vorbehaltloser Identifikation anknüpft – erhebliche Spielräume. Das ethische und moralische Lernen ist überdies wie kein anderer Bildungsinhalt eine Quelle nach dem verfassungsmäßigen Leitbild nicht intendierter Differenzen zwischen elterlicher und schulischer Erziehung. Im Rahmen des Gebots vorbehaltloser Identifikation wird sich das Risiko einer „Gegenerziehung“ im Hinblick auf eine nicht geringe Zahl von Schülern geradezu zwangsläufig verwirklichen. Die werterzieherischen Komponenten machen den Ethikunterricht deshalb für die Ausübung insbesondere des elterlichen Erziehungsrechts wesentlich. Über seine Einrichtung muss zumindest im Grundsatz – also hinsichtlich des „Ob“ – durch Parlamentsgesetz entschieden werden.

#### 4 Zusammenfassung

Die Überlegungen haben gezeigt, dass der Einführung und Erteilung von Ethikunterricht in den öffentlichen Schulen des Landes Berlin das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität, die Garantie des Religionsunterrichts (Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG), die Religionsfreiheit der Schüler sowie das Erziehungsrecht der Eltern nicht entgegenstehen. Das Neutralitätsgebot ist eine rechtliche Konsequenz der Entscheidung des Staates, die Fortentwicklung seiner Sollensordnung in den Bereich eines freiheitsrechtlich geschützten gesellschaftlichen Diskurses partikularer Interessen zu verweisen: Der Staat schließt sich von der Teilnahme an diesem Diskurs aus und übernimmt die Rolle eines Schiedsrichters; das Neutralitätsgebot bezeichnet seine Pflicht, in dem Diskurs nicht zugunsten partikularer Interessen Stellung zu beziehen. Der potentiell allzuständige Staat kann nicht nur die zur Aufrechterhaltung eines produktiven Diskurses erforderlichen Regeln selbst erlassen, er kann in seiner Rechtsordnung auch ethische oder moralische Festlegungen treffen. Das dem Neutralitätsgebot komplementäre Gebot vorbehaltloser Identifikation verpflichtet den Staat, die für den Diskurs aufgestellten Regeln durchzusetzen und auf die Verwirklichung der in seiner Rechtsordnung positivierten ethischen und moralischen Entscheidungen hinzuwirken. Neutralitätsgebot und Identifikationsgebot können den Staat nicht aus sich heraus, sondern nur in Bezug auf Anknüpfungsnormen in der Verfassung binden. Innerhalb eines Freiheitsraums kann der Staat in verschiedenen Abstufungen teils zur Identifikation und teils zur Neutralität verpflichtet sein. Das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität teilt als Ausprägung des allgemeinen Neutralitätsgebots dessen dogmatische Struktur. Inwieweit der Staat zur Neutralität verpflichtet ist, bestimmt er selbst durch die ethischen und moralischen Dispositionen seiner Verfassung. Unter dem Neutralitätsgebot ist der Staat nur zu einem informatorischen Werteunterricht befugt; soweit das Gebot vorbehaltloser Identifikation reicht, ist eine Werteerziehung nicht nur erlaubt, sondern staatlicher Auftrag. Die Garantie des Religionsunterrichts hindert das Land Berlin nicht an der Einrichtung und Erteilung von auch werterzieherischem Ethikunterricht, weil diese Vorgabe wegen Art. 141 GG dort keine Geltung beanspruchen kann. Bei rechtmäßiger Ausübung des staatlichen Erziehungsauftrags kommt eine Verletzung des Erziehungsrechts der Eltern oder der Religionsfreiheit der Schüler nicht in Betracht. Für die Normgebung war zu beachten, dass die Entscheidung über die Einrichtung von Werteunterricht für die Grenzlinie zwischen dem staatlichen Erziehungsauftrag einerseits und dem Erziehungsrecht sowie der Religionsfreiheit andererseits erheblich und deshalb wesentlich ist. Sie konnte wegen des Parlamentsvorbehalts nur durch formelles Gesetz getroffen werden.

*Verf.: Kai Engelbrecht, Wiss. Ass., Universität München, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Kirchenrecht, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München*